

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066394

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 916/2022, de 23 de noviembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 166/2021

SUMARIO:**Delito continuado. Deslealtad profesional. Abogado. Presunción de inocencia. Atenuante de reparación del daño.**

La declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y su valoración corresponde al Tribunal de instancia. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no. Está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias, como son los de ausencia de incredulidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

Una clienta -la denunciante - encarga a una letrada en ejercicio la interposición de una denuncia penal por el impago de pensiones y también una liquidación de régimen ganancial. Tales encargos no llegaron a cumplirse nunca, por lo que no estamos, ante un simple retraso, sino ante una omisión total de un encargo profesional que general un perjuicio (tanto económico como moral). No es admisible que tal "demora" fuese irrelevante por no haber causado perjuicio alguno porque el delito no estaba prescrito y finalmente se llegó a un acuerdo extrajudicial. El perjuicio existió desde el momento en que la preexistencia de una sentencia civil, la denuncia penal no tenía que ofrecer especial dificultad y si se hubiera interpuesto cuando se realizó el encargo se hubiera podido obtener una satisfacción a su pretensión, que no se logró en el tiempo transcurrido desde el encargo hasta la rescisión de la relación profesional.

Respecto a la continuidad delictiva, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sea percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio. Supuesto de unidad de acción que no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituye acciones autónomas, como es el caso presente, en el que nos encontramos con diversos encargos por parte de la denunciante para iniciar o actuar en diversos procedimientos judiciales y con minutas también distintas, que integrarían varios delitos que conforman uno solo continuado. Continuidad delictiva que es admitida en el delito de deslealtad profesional. Entre la conducta dolosa e imprudente se inclina por la primera al constatarse, no un dolo directo, sino una indiferencia que posibilita el dolo eventual, descartando la configuración imprudente "que podría sostenerse para un encargo puntual mal llevado, pero en este caso el dato que parece diferencial es que esa conciencia no podemos obviar que tuvo que desplegarse en el conjunto de los varios encargos recibidos no uno solo. La acciones y omisiones acometidas someten consciente y voluntariamente a la víctima-cliente a situaciones peligrosas, la frustración manifiesta de los intereses de defensa profesional encomendados.

No es aplicable la atenuante de reparación ya que la acusada se limitó a devolver la provisión de fondos (3200 €), siendo la cantidad reclamada (50.000 €) y la fijada en sentencia (19.000 €) como indemnización muy superior. La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 66, 74, 110 y 467.2

PONENTE:

Don Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ
Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANDRES PALOMO DEL ARCO
Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 916/2022

Fecha de sentencia: 23/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 166/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/11/2022

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

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

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 166/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 916/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 166/2021, interpuesto por Adoracion , representada por el procurador D. Rafael Ros Fernández, bajo la dirección letrada de D. Daniel Pérez-Esqué Sansano, contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2020, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 88/2014. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D^a. Araceli, representada por el procurador D. José Ramón Rego Rodríguez, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Rivera Román.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona instruyó Diligencias Previas nº 518/2013, contra Adoracion, por delitos: delito continuado de deslealtad profesional, delito continuado de estafa agravada, delito de estafa agravada y delito de fraude o estafa procesal y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 88/2014, dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2020, que contiene los siguientes hechos probados:

<<(&31) Se declara probado que

Que Adoracion mayor de edad DNI NUM000 nacida en Barcelona el NUM001 de 1971 hija de Genaro y Cristina sin antecedentes penales ni previas sanciones disciplinarias del Colegio de Abogados domiciliada en Barcelona Abogada en ejercicio de profesión con número de colegial NUM002.

En marzo de 2009 entró en contacto con Araceli tras conocerla en las clases de yoga a las que ambas asistían y aprovechando la confianza creada en ese contexto la convenció de que podría mejorar su defensa en la ejecución forzosa 138/2005 ante el juzgado de primera instancia número catorce de Barcelona frente a la que llevaba a cabo el letrado que la llevaba hasta ese momento, de forma que el 26 de marzo 2009 la Sra. Araceli pasó a contratar los servicios de Adoracion y abonó a esta en concepto de provisión de fondos 1500 € extendiéndose un recibo solo por 1200.

Dicho procedimiento de ejecución forzosa 138/2005 ante el juzgado de primera instancia número 14 de Barcelona se originó por el impago de la pensión por alimentos a la hija común Gracia que se impuso a Don Lorenzo ex marido de la Sra. Araceli en sentencia de divorcio dictada por el juzgado de primera instancia número 14 en el procedimiento de divorcio 521/ 2004.

Adoracion recibía tal cantidad de honorarios a cambio de agilizar el cobro de las pensiones atrasadas , a la vez que afirmó a la Sra. Araceli que conseguiría del juzgado ,compensando la deuda de alimentos existentes, y al margen del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales ,la adjudicación exclusiva la titularidad total de una finca ubicada en la población de la DIRECCION000 inscrita a nombre de la Sra. Araceli y el sr. Lorenzo en el registro propiedad de DIRECCION001,

También le fue encargado interponer una denuncia contra el Sr. Lorenzo por un presunto delito de impago de pensiones, no interpuesta.

De manera que Adoracion ofreció a la Sra Araceli obtener la entrega por el juzgado de la finca de la DIRECCION000 sin necesidad de la consignación de los 35000 € que estaban establecidos en su correspondiente proceso mediante el procedimiento de pedir al juzgado una compensación hasta dicho importe con la deuda que se reclamaba en el procedimiento ejecutivo 138/2005 de primera instancia 14 de Barcelona, compensación que ya había sido pedida por el anterior letrado y denegada por auto de 17 de septiembre de 2008, hallándose pendiente de resolver una aclaración en relación a este extremo que había sido pedida por el anterior letrado mediante escrito de 28 de octubre de 2008 , momento en que se extingue la relación con anterior letrado pasando a encargarse de la prosecución del procedimiento Adoracion , quien se personó en el mismo el 2 de abril de 2009 , siendo D^a Carmen Miralles la Procuradora.

Don Lorenzo tras el divorcio fijó su domicilio en un lugar no determinado ubicado en México impidiendo que fuera localizado por el juzgado para requerirle de pago y sólo por pesquisas particulares realizadas por la propia Sra. Araceli y con la intermediación de un bufete de abogados ajeno a la causa consiguió el 27.11.2008 que por el Sr. Lorenzo se consignara, ante el juzgado, la cantidad de 42.402,72 € cantidad que en ese momento sólo cubría el principal de lo adeudado.

La única actuación de la acusada obrante en estos autos de ejecución forzosa de impago de pensiones de sentencia divorcio número 138 /2005 seguido ante el Jdo de Primera Instancia 14 de Barcelona consistió en presentar el escrito de personación en la causa de 14 de abril de 2009 y el nombramiento de nuevo procurador designándose a tal efecto a la Sra Procuradora Miralles Ferrer , sin que se realizara gestión alguna en el procedimiento hasta el día 10 de febrero de 2011 fecha en que una nueva letrada la de la Sra. Gloria Méndez la Sra. letrada Elisabeth Martin Ibáñez interesó la ampliación de la ejecución hasta comprender las pensiones impagadas hasta la fecha.

Más adelante dijo a su clienta que ella continuaba la ejecución de las pensiones impagadas por Lorenzo fijada su favor de la misma y de su hija Gracia y que ella pedía periódicamente la ampliación de la deuda por la que se seguía ejecución mediante la actualización del débito y que había conseguido la compensación del pago de 35000 € que debía consignar la clienta para la entrega de la propiedad de la finca de la DIRECCION000, cuando lo cierto es que no había ninguna resolución judicial que hubiere aprobado la compensación de la deuda y la entrega de la finca a la mandante, lo que se consiguió más tarde ,pero no con el auxilio y dirección de la letrada.

Entre marzo de 2009 y febrero de 2011 la Sra Adoracion ante las continuas peticiones de información sobre la marcha las reclamaciones judiciales realizadas por la Sra. Araceli se limitó a dar excusas tales como la lentitud de los juzgados , la indicación de animadversión de jueces de primera instancia e incluso faltando conscientemente a la verdad llegó afirmar que había conseguido en el procedimiento de ejecución forzosa la adjudicación de la finca de la DIRECCION000 cuando tal finca y había sido adjudicada a la Sra. Araceli en el procedimiento de liquidación de sociedades de gananciales 1065/ 2007 seguido ante el juzgado obtenida por quien había sido el primer letrado de la Sra Araceli antes referido , si bien en dicha adjudicación se indicaba que la Sra. Araceli debía consignar 35000 € correspondientes al valor de la mitad indivisa del Sr. Lorenzo.

Fue bajo la de dirección letrada de la nueva letrada de la Sra Araceli , la letrada Elisabeth Martin y en el procedimiento de liquidación de gananciales que el 15.11.2011 tras acceder como pidió la nueva letrada a que se compensación los 35000 con parte de lo reclamado por alimentos al Sr Lorenzo cuando el juzgado de instancia número catorce ordenó al registro de la propiedad DIRECCION001 la inscripción de la finca de la DIRECCION000 a nombre sólo de la Sra. Araceli.

"De manera verbal Araceli en febrero 2009 le encomendó a Adoracion formular una denuncia contra Don Lorenzo a causa del citado incumplimiento reiterado y sistemático desde noviembre de 2004 de su obligación de pago de pensiones y cargas familiares fijadas en la sentencia, y esta le prometió en sucesivas ocasiones de interponer la denuncia penal por impago de pensiones contra Lorenzo lo que no se llegó a hacer y nunca fue interpuesta alegando Adoracion estar a la espera de la acumulación de las pensiones e indicar que puesto que como había afirmado, había conseguido compensar parte de las pensiones debidas, con la adjudicación de la finca de la DIRECCION000 era necesario esperar un tiempo."

Por otra parte el 19 de mayo 2009 sobre la base de la confianza generada en la Sra. Araceli esta encargó a Adoracion interpusiese demanda de medidas urgentes de regulación de la guarda y custodia fijación de la pensión por alimentos hacia la menor Sacramento fruto de otra relación, tras haberle abonado 1500 euros como provisión de fondos librándose la pertinente factura , y dado que se había roto la relación sentimental que la Sra Araceli había mantenido con el padre de la menor Sr. Olegario con el que había tenido en común a la menor Sacramento siendo que si bien inicialmente con el consentimiento de la madre Sra. Araceli existía a prueba un régimen de guarda y custodia compartida de hecho instaurado , ya por esos fechas se mantenía en contra de la voluntad de la Araceli y deseaba esta modificarlo mediante dicha acción judicial.

Efectivamente la situación existente en el momento de la contratación de la letrada era la siguiente: tras ostentar D^a Araceli durante dos años de facto la custodia exclusiva de la menor habían surgido los conflictos existentes con el padre la menor Don Olegario , la Sra Araceli por correo de fecha 9 de mayo de 2009 había propuesto a Don Olegario padre de la menor intentar pactar amistosamente un convenio regulador , proponiendo probar -antes de su firma- cómo funcionaría una custodia compartida, evidenciándose en pocos días a criterio de la Sra Araceli, la inviabilidad de una custodia compartida y por ello encargó a Doña Adoracion la interposición de demanda de medidas urgentes para obtener la custodia legal de la niña y la fijación de la pensión alimenticia, siendo importante reseñar que Don Olegario se negó a pesar de la oposición de la Sra. Araceli a volver a la situación anterior a la de 9 de mayo, habiéndose iniciado de facto a partir de esa fecha una situación de custodia compartida por la vía de los hechos. Para evitar que se consolidara esa situación la Sra. Araceli se reunió con la Sra. Adoracion y le entregó la documentación referida a tal fin asegurándole esta que se había presentado demanda de medidas urgentes, desde el mes de mayo de 2009 cuando no fue así.

Adoracion mendazmente afirmó haberla presentado recomendando por ello a su cliente la Sra. Araceli que permaneciera tranquila y consintiera la guarda y custodia compartida- que esta no deseaba por creer que perjudicaba a la menor - hasta que recayese la resolución judicial al respecto y que no hiciese nada ante un el irregular aporte de dinero destinado al mantenimiento de la menor realizada por el padre hasta la citada resolución.

La Sra Adoracion no había interpuesto demanda alguna por lo que ante la reiteradas peticiones de información sobre el estado procesal de la demanda y muestras de extrañeza por la tardanza en saber incluso qué juzgado la tramitaba realizadas por la Sra. Araceli , la Sra Adoracion le fue presentando excusas y dando largas

achacando la situación a la necesidad de hacer acopio de documentación o a la lentitud de los Juzgados civiles hasta que el 27.1. Lorenza acabó confesando a la Sra. Araceli que realmente no había presentado demanda de medidas urgentes alguna ,ni en mayo ,ni en septiembre de 2009, como le había indicado, .

La Sra. Adoracion no hizo lo que se le había encargado en los términos en que se les había encargado ni tampoco a lo largo de más de un año y por dos veces le manifestó a Araceli haber interpuesto una demanda de medidas urgentes para obtener la custodia materna de la menor Sacramento cuando nada se había hecho.

La situación de guarda y custodia compartida que generaba en la menor desorientación que se mantuvo durante casi un año.

Al saberse descubierta Adoracion ofreció la Sra. Araceli exoneración del pago de honorarios de abogado y procurador a la vez que la remitía por correo electrónico lo que pareciera ser una demanda de medidas urgentes en fecha 26/11/2009 demanda que nunca había sido presentada siendo la verdadera fecha de presentación 28/1/2010 , lo que dio origen a un procedimiento medidas provisionales 101/2010 del Jdo instancia número 51 que finalizó por auto de 8 de abril de 2010 que mantuvo la guardia y custodia compartida de la menor.

Cuando Adoracion se percató de que no podía mantener sus manifestaciones e interpuso dicha demanda rápidamente el 28 de enero de 2010 tras ofrecer a la cliente una serie de vanas explicaciones para convencerle de que no había sido culpable del retraso y así dijo que había presentado varios meses antes la demanda adjuntando un archivo con un texto fecha del 26 de noviembre del 2009, pero que había sido turnada a un juzgado no conveniente en lo que había motivado el desistimiento y nueva presentación; y luego que había precisado reunir documentación, y después que había remitido la demanda a un procurador jubilado prometiendo hacer una inmejorable defensa y devolverle parte del dinero entregado en concepto de provisión 1500 € que finalmente si se devolvió.

La nueva letrada Sra D^a Elisabeth Martin en fecha 3 de junio 2010 presentó una demanda de medidas definitivas que dieron lugar al procedimiento 705/2010 del Jdo instancia número 51 de Barcelona que concluyó por sentencia de 21 de mayo de 2012 otorgando la custodia de la menor en exclusiva a la madre Sra. Araceli y estableciendo un régimen de visitas al padre.

De esta manera, y atendido el retraso de la solicitud de medias urgentes ,previa a la petición de medidas definitivas , se provocó que la guarda y custodia compartida que la sentencia de 21 de mayo 2002 califica de perjudicial para la menor ,se prolongase en contra de los deseos de la Sra. Araceli durante tres años.

Careciendo la madre de la documentación que acreditara la custodia de la menor no podía obtener beneficios económicos concedidos a familias numerosas como ayudas guarderías transportes ni por supuesto cobrar las pensiones que puede exigir al padre de la misma.

Adoracion en total percibió como provisiones de fondos para llevanza de estos encargo profesionales la cantidad de 3240 euros (1200 entregados el 26.3.2009,300 días después y 1740 a principios de mayo de 2009, y tal y como había indicado devolvió las cantidades percibidas.

La relación profesional se rescindió el 10 de mayo de 2010.

Bajo una nueva dirección letrada es cuando la cliente recupera la custodia de la menor Sacramento mediante una sentencia de 21 de mayo de 2012 dictada en autos sobre medidas seguidos ante el Juzgado de primera instancia número 51 de Barcelona con el número 101/ 2010 en el que se acuerda favor de la menor una pensión alimenticia de 300 € al mes así como el pago a cargo del padre de la mitad de todos los gastos escolares extraordinarios confirmada mediante sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona de 17 de diciembre de 2013 en el rollo de apelación 967/2012

Igualmente la liquidación de gananciales y la ejecución en curso se solucionan llegando un acuerdo extrajudicial de las partes que se formaliza materialmente el 4 de noviembre de 2011 y provoca el archivo de las actuaciones.

No se da por probado que en el procedimiento medidas provisionales 101/2010 del Jdo instancia número 51 deliberadamente ocultara la documentación que tenía en su poder y que acreditaba que no existe un consentimiento y no presentara la documentación que tenía que acreditaría las dificultades y los problemas que generaba la custodia compartida, ni prueba alguna acerca de la situación que soportaba la menor ni prueba de la situación real de D^a Araceli y de que esta debía recibir ayuda económica de sus padres para el pago de los gastos de la menor ni documentos ni testigos y peritos como correos recibidos a los pocos días del ofrecimiento para manteniendo dicha apariencia en juicio crear deliberadamente en la juzgadora una convicción errónea de consentimiento de D^a Araceli a la situación de custodia compartida y de ausencia de problemas reales generados por la misma., aportando con la demanda una documentación que creara intencionalmente una apariencia de consentimiento por la clienta de la situación de custodia compartida creada de facto, Y tampoco que deliberadamente generara una creencia errónea en la juzgadora sobre su capacidad económica para perjudicar en todos los casos así los intereses de su cliente que llevara a que se acordara finalmente por la juzgadora una custodia compartida en las medidas provisionales

No se da por probado tampoco que pedida la devolución de la documentación en poder de la Abogada la Sra Adoracion a tal fin imposibilitó la entrega a la nueva letrada de la grabación del juicio de medidas urgentes en

plazo para interponer la demanda principal bajo la excusa de su extravío por la procuradora Sra. Miralles, no constando fehacientemente que dispusiera de ella, y por último

No se da por probado que efectuara un encargo profesional formal para proceder por llamadas telefónicas y comunicaciones recibidas de D Olegario que generaban gran desazón en la Sra Araceli.

Se da por probado que por consecuencia de todo ello la hija menor de la Sra. Araceli se mantuvo durante el período en que no se modificó el régimen de custodia compartida de facto o inicialmente pactado entre las partes hasta el dictado de la sentencia civil que no modificó en un régimen de custodia que se evidenció como contrario a su interés.

Se da también por probado que la Sra. Araceli ha sufrido por todo ello y por lo expuesto y declarado probado un sentimiento de traición en la confianza entregada a que debía haberla defendido la letrada y un sentimiento de desazón intensa por el retraso en las actuaciones encomendadas no percibiendo durante esos períodos de retraso compensación a las cargas a las que tuvo que hacer frente habiendo dedicado horas y esfuerzos a comprender y remover los obstáculos de los que tuvo progresivo conocimiento ya sea en reuniones a comunicaciones que se evidenciaron inútiles con la acusada

No se considera probada la entidad económica de la pérdida de oportunidad de venta de la finca por esta causa o la de la obtención de ayudas para familia numerosa desde el nacimiento de su tercer hijo. >>

Segundo.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<1. Debemos condenar y condenamos a Adoracion, como autora criminalmente responsable de un delito continuado doloso de deslealtad profesional ya definido del art 467.2 CP primer párrafo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, de

a) dieciocho (18) meses de multa con una cuota diaria de 6,00 €.

b) doscientos setenta (270) días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa conforme a lo dispuesto en el art 53 CP.

c) tres (3) años de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogada.

2.- Debemos absolver y absolvemos a Adoracion de la acusación de autoría de los delitos de estafa agravada y estafa procesal por el que venía siendo acusada.

3.- Se condena a Adoracion y a la CAJA SE SEGUROS REUNIDOS, COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS SA, como responsable civil directa, al pago en concepto de indemnización moral en favor de Araceli de la cantidad de 19.000 euros con los intereses legales, previstos en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Para el pago de dicha responsabilidad civil, hágase entrega a Araceli de la cantidad de consignada judicialmente.

4.- se la condena igualmente al pago de 1/7 de las costas procesales causadas, incluidas en esa proporción las de la acusación particular, declarando de oficio el resto sin imposición de costas a la acusación particular. >>

Tercero.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó Auto de aclaración de fecha 30 de septiembre de 2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<Procede rectificar la Sentencia que precede en el sentido siguiente: en el Fallo de la Sentencia, en los apartados 1,2,3 del mismo donde dice " Lorenza" debe decir "Dª Adoracion". >>

Cuarto.

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.

Quinto.

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

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Adoracion:

Primero.

Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 de la LECrim. por haberse vulnerado el art. 24.2 CE, derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2º de la LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador.

Tercero.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, por indebida aplicación del art. 467.2, primer párrafo CP.

Cuarto.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 74, del Código Penal.

Quinto.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 74, del Código Penal.

Sexto.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida aplicación del art. 467.2, segundo párrafo, del Código Penal.

Séptimo.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por incorrecta aplicación del art. 467.2 del Código Penal, en relación con el art. 66 del Código Penal.

Octavo.

Por infracción de ley del art. 849.1º LECrim, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, por inaplicación indebida del art. 21.5 CP en relación con el art. 66.1.2 CP.

Noveno.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.6ª del Código Penal, en relación con el art. 66.1.2".

Décimo.

Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 21.7ª del Código Penal, en relación con el art. 66.1.2.

Undécimo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º de la LECrim., por incorrecta aplicación del art. 113 en relación con el art. 115 del Código Penal.

Sexto.

Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 10 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Adoracion

Primero.

El motivo primero por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim por haberse vulnerado el art. 24.2 CE, derecho a la presunción de inocencia.

Considera la recurrente que basándose única y exclusivamente en la testifical de la denunciante, la sentencia declara probado que la acusada manifestó a su cliente hasta en dos ocasiones que ya había presentado la demanda de medidas provisionales previas a la demanda, valoración que considera irracional y que omite la grave contradicción habida con la versión inicialmente dada en la denuncia y con la testifical del padre de la denunciante.

Alega la existencia de una valoración irracional e ilógica de la prueba practicada, por cuanto el Tribunal a quo ha omitido en su proceso deductivo diversos elementos obtenidos a través de la prueba practicada que ha conllevado alcanzar conclusiones arbitrarias, conclusiones que hubieran sido otras si tal proceso racional hubiera sido el adecuado, en concreto a declarar probado, en relación con la interposición de una demanda de medidas provisionales, previas a la demanda "La Sra. Lorenza no hizo lo que se le había encargado en los términos en que se les había encargado ni tampoco a lo largo de más de un año y por dos veces le manifestó a Araceli haber interpuesto la demanda de medidas urgentes para obtener la custodia materna de la menor Sacramento cuando nada se había hecho."

Insiste en que esa única declaración de la víctima no resulta, ni mucho menos suficiente, habida cuenta que dicha declaración testifical no reúne los requisitos exigibles por la jurisprudencia del TS para fundar una condena: credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación.

El motivo se desestima.

1.1.- En primer lugar, en relación a la presunción de inocencia, es doctrina jurisprudencial reiterada - SSTS 434/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2; 817/2017, de 13-12; 1010/2021, de 20-12; 46/2022, de 20-1- anterior a la reforma operada por Ley 41/2015, que introdujo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, sobre el alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, la que establece que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim. pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 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 su 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 sí 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, aun 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 dictó 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, inmediación, 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.

1.2.- En segundo lugar, respecto a la declaración de la víctima, esta Sala en STS. 625/2010 de 6.7 tiene declarado, recogiendo reiterada jurisprudencia que: "La declaración de la víctima es una actividad probatoria hábil en principio, para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Encuadrable en la prueba testifical, su valoración corresponde al Tribunal de instancia que con creencia de los principios que rigen la realización del juicio y la práctica de la prueba oye lo que los testigos deponen sobre hechos percibidos sensorialmente. Elemento esencial para esa valoración es la inmediación a través de la cual el tribunal de instancia forma su convicción, no sólo por lo que el testigo ha dicho, sino también su disposición, las reacciones que sus afirmaciones provocan en

otras personas, la seguridad que transmite, en definitiva, todo lo que rodea una declaración y que la hace creíble, o no, para formar una convicción judicial.

La credibilidad de la víctima es un apartado difícil de valorar por la Sala de casación, pues no ha presenciado esa prueba pero en su función revisora de la valoración de la prueba puede valorar la suficiencia de la misma y el sentido de cargo que tiene, así como sobre la racionalidad de la convicción manifestada por el tribunal sentenciador de instancia. Por ello el testimonio de la víctima cuando se erige en prueba de cargo, como normalmente sucede en hechos como el enjuiciado, está sujeto a la hora de su valoración a unos criterios, que no exigencias (STS. 15.4.2004), como son los de ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.

a) Respecto al criterio de la incredibilidad tiene, como señala la sentencia de 23 de septiembre de 2004 dos aspectos subjetivos relevantes:

a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.

b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatória sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTs. 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado.

b) Por lo que a la verosimilitud del testimonio se refiere y siguiendo las pautas de la citada sentencia de 23 de septiembre de 2004, aquella, la verosimilitud, debe estar basada en la lógica de su declaración y el suplementario apoyo de datos objetivos. Esto supone:

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima (Sentencias de 5 de junio de 1992; 11 de octubre de 1995; 17 de abril y 13 de mayo de 1996; y 29 de diciembre de 1997). Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim.), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996, el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante; etcétera.

c) Por último, en lo que se refiere a la persistencia en la incriminación, y siguiendo la doctrina de la repetida sentencia, supone:

a) Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. Se trata de una persistencia material en la incriminación, valorable "no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su coincidencia sustancial de las diversas declaraciones" (Sentencia de 18 de junio de 1998).

b) Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades. Es valorable que especifique y concrete con precisión los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.

c) Coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.

En todo caso los indicados criterios no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros a que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando el cauce por el que ha de discurrir una valoración verdaderamente razonable y controlable así casacionalmente a la luz de las exigencias que estos factores de razonabilidad valorativos representen.

Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006- la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpativos, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones.

Por tanto, los indicados criterios, no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de la víctima.

1.3.- En el caso que nos ocupa, la recurrente considera que la credibilidad subjetiva de la denunciante no concurre, habida cuenta que la animadversión que la misma siente hacia la recurrente es tal que resulta imposible discernir qué partes de la declaración son ciertas y cuáles no.

No le asiste razón a la recurrente. Que la denunciante manifestara que "había estado en tratamiento terapéutico sin diagnóstico, pero no en tratamiento psiquiátrico o psicológico. El tratamiento ha sido antiestrés una terapia Gestal durante cinco o seis meses. Los tuvo que hacer por ese estado de devastación por lo sucedido y por el estado de la menor su hija por la custodia", no es suficiente para cuestionar su credibilidad. Que la denunciante estuviera desilusionada e incluso enfadada con la actuación de la abogada, a la que había encargado diversas actuaciones, sin que ésta hubiese realizado la más mínima actividad, es hasta lógica y comprensible, pero de ello deducir que no es posible discernir qué partes de su declaración son ciertas y cuáles no, resulta insostenible.

1.4.- Respecto a la falta de persistencia en la declaración de la denunciante porque en el juicio oral la denunciante declaró que la letrada le había informado verbalmente hasta en dos ocasiones que la demanda de medidas provisionales previas a la demanda ya había sido presentada, y sin embargo en la demanda inicial ofreció una versión diferente: que la letrada informó a la denunciante, que la demanda había sido presentada en el mes de mayo de 2009, en el transcurso de una reunión a la que también asistió el padre de la denunciante y su asistente personal.

Reiterando lo ya expuesto sobre el alcance de la contradicción: "La jurisprudencia de esta Sala nunca ha identificado las explicables contradicciones de la víctima con la falta de persistencia. Antes, al contrario, hemos advertido acerca de la importancia de que su testimonio no implique la repetición mimética de una versión que, por su artificial rigidez, puede desprender el aroma del relato prefabricado. No podemos hacer nuestra la línea argumental según la cual, todo lo que se silenció en un primer momento y se hizo explícito en una declaración ulterior, ha de etiquetarse como falso. La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación.

Algunos de los precedentes de esta Sala ya se han ocupado de reproches similares en casos de esta naturaleza. Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de estas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva (cfr. SSTs 774/2013, 21 de octubre; 511/2012, 13 de junio; 238/2011, 21 de marzo; 785/2010, 30 de junio y ATS 479/2011, 5 de mayo, entre otras)."

1.5.- En el caso presente, no se aprecia tal contradicción, dado que lo esencial es que en la reunión de mayo de 2009 la acusada le había informado que ya había sido presentada la demanda, lo que no era cierto.

En definitiva, existe prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la recurrente, a la vista no sólo de la declaración prestada por la denunciante y que viene ampliamente recogida en la sentencia, sino también por la prestada por la propia recurrente. Ésta manifestó que en mayo de 2009 recibió el encargo y la demanda de medidas se formalizó en enero de 2010, ocho meses más tarde. Justificó el retraso, primero, en un intento de llegar a un acuerdo con la parte contraria; después a que la demanda la envió por error a un procurador erróneo. Todo ello quedó acreditado no solo por la prueba documental aportada por la denunciante, sino por el testimonio que también obra en causa de la pieza separada del procedimiento de medidas provisionales previas a la demanda nº 101/2010 del Juzgado de 1ª Instancia de Barcelona nº 51.

Segundo.

El motivo segundo por infracción de ley, art. 849.2 LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del juzgador.

Señala en síntesis que se afirma erróneamente en la sentencia objeto de recurso que la sentencia civil dictada en el procedimiento sobre guarda y custodia 705/2010, del Juzgado de Primera Instancia nº 51 de Barcelona considera que la situación de custodia compartida de facto fue perjudicial para la hija menor de la denunciante, cuando en realidad dicha sentencia precisamente concluye todo lo contrario, esto es, que esa situación de custodia compartida no causó ningún perjuicio a la menor Sacramento.

Por tanto, al no haberse causado ningún perjuicio a la menor, ni a su través a la denunciante, en modo alguno puede tipificarse como delictiva la actuación de la recurrente, por lo que debe ser absuelta de los hechos relativos a su actuación como letrada en los procedimientos judiciales civiles de Medidas Provisionales Previas a la demanda nº 101/2010 y posteriormente 705/2010 del Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de Barcelona. Añade un segundo error consistente en dar por sentado que la causa por la que la juzgadora a quo dictó auto estableciendo una guarda y custodia compartida lo hizo como resultado de que la situación de facto se prorrogó durante meses por haberla presentado tardíamente la Sra. Adoracion, tal y como se afirma "se da por probado que por consecuencia de todo ello la hija menor de la Sra. Araceli se mantuvo, durante el periodo en que no se modificó el régimen de custodia compartida de facto o inicialmente pactado entre las partes, hasta el dictado de la sentencia civil que lo modificó...".

2.1.- El motivo se desestima.

Con arreglo al motivo por error en la apreciación de la prueba solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos. El error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto de los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris", se contempla en el primer apartado del art. 849 LECrim.

Por ello la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada jurisprudencia, por todas STS 72/2021, de 28-1, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato

o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

2.2.- Ahora bien, debemos insistir en la esencialidad del error y trascendencia para la subsunción. Es obvio que el error ha de ser trascendente o con valor causal para la subsunción, como de manera muy reiterada señala la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 30-9-2005, 26-2-2008) por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido, si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes, lo que es consecuencia de la doctrina constitucional en orden a la irrelevancia de los errores secundarios en la motivación, y así carecería de sentido anular una sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que el órgano judicial dictara una nueva sentencia en la que confirmara el fallo, pero corrigiera posibles desaciertos en la redacción de la fundamentación.

Situación que sería la contemplada en el caso presente, pues aun cuando es cierto que la sentencia de 21-5-2012 no dice que la custodia compartida fuera perjudicial para la menor, sí la modifica por entender que aquella situación no era beneficiosa para la hija en común.

En efecto, la sentencia referida -folio 479- señala que "debe valorarse asimismo el informe del SATAF para concluir que, aunque la situación de custodia compartida que se ha venido desarrollando no ha sido perjudicial para la hija ... ", pero añade "...lo cierto es que tal adaptabilidad no puede considerarse en términos de estabilidad, pues se encuentra marcada por la falta de consenso, la tensión emocional y la aversión parental que puede percibir...".

Siendo así, las modificaciones que se pretenden en el motivo no cambiarían el sentido del fallo. Coincidimos con la sentencia recurrida y con el informe del Fiscal al impugnar el motivo en que "el hecho que el Tribunal considera delictivo se refiere al encargo que la Sra. Araceli hizo a la Letrada Sra. Adoracion en mayo de 2009 para que interpusiera una demanda de medidas urgentes para obtener la custodia legal de su hija Sacramento y la fijación de

la pensión de alimentos, abonándole en concepto de provisión de fondos la cantidad de 1.500 euros. Pues bien, no fue hasta el 28 de enero de 2010 que tal demanda se presentó, a pesar que el escrito de demanda lleva fecha de 26 de noviembre de 2009 (folio 5 del tomo 8 de la pieza separada de documentación).

Este retraso, obviamente le supuso a Araceli un perjuicio importante, como el no haber recibido pensión por alimentos para la hija en un largo periodo de tiempo, así como haber soportado una incertidumbre sobre la custodia por un periodo de tiempo muy extenso, cuando precisamente con el procedimiento judicial demandado se pretendía una rápida y urgente resolución de un conflicto familiar que afectaba a una menor.

Por todo lo anterior, no procede acceder a la modificación pretendida por no tener dicha modificación incidencia alguna en el fallo de la sentencia recurrida."

Tercero.

El motivo tercero por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 467.2, primer párrafo del Código Penal.

Considera en síntesis que la actuación profesional de la Sra. Adoracion sería constitutiva como mucho de una infracción disciplinaria colegial mas no de un delito de deslealtad profesional por el que ha sido condenada: dos de las tres concretas actuaciones realizadas son meras demoras y además en ninguna de las tres se ha causado un perjuicio, ni manifiesto ni remoto.

3.1.- Previamente habrá que recordar que formalizado el motivo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim es constante la jurisprudencia de esta Sala -por todas SSTs 991/2021, de 16-2; 261/2022, de 17-3- que precisa que el recurso de casación cuando se articula por esta vía ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

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

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

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

3.2.- El perjuicio cuestionado puede ser tanto económico, material o moral y en todo caso consecuencia de un comportamiento activo u omisión relacionado con las misiones encomendadas a estos profesionales. Basta que se trate de una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente en el ámbito de la

Administración de Justicia e incluso sería admisible la creación de un peligro concreto para los intereses de la parte a la que el letrado asiste y defiende (STS 89/2000, de 1-2).

Por ello el perjuicio no consiste únicamente en el intolerable retraso con que se ha reconocido el derecho del perjudicado, sino la comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo por el transcurso del tiempo y en las legítimas expectativas que no se concretaban (STS 897/2002, de 22-5).

La pasividad profesional prolongada consistente en la simple no presentación de una demanda judicial cuando se puede y debe hacer, con la idea de poner fin a un problema acuciante, con los consiguientes inconvenientes y molestias.

3.3.- Expuesto lo anterior la recurrente cuestiona la concurrencia de todos los elementos exigidos por el tipo en su actuación profesional.

Analiza en primer lugar la falta de presentación de denuncia penal por impago de pensiones. Considera que la inactividad de la recurrente ante dicho encargo profesional no es constitutiva de delito, al encontrarnos ante un simple retraso que la clienta conocía sobradamente y esta demora no causó ningún perjuicio a aquélla, ni manifiesto ni remoto.

Los hechos probados en esta cuestión nos dicen que:

"de manera verbal Araceli en febrero de 2009 le encomendó a Lorenza formular una denuncia contra don Lorenzo a causa del citado incumplimiento reiterado y sistemático desde noviembre de 2004 de su obligación de pago de pensiones y cargas familiares fijadas en la sentencia, y esta le prometió en sucesivas ocasiones interponer la denuncia penal por impago de pensiones contra Lorenzo, lo que no llegó a hacer y nunca fue interpuesta alegando Lorenza estar a la espera de la acumulación de las pensiones e indicar que puesto que como había afirmado, había conseguido compensar parte de las pensiones debidas con la adjudicación de la finca de la DIRECCION000 era necesario esperar un tiempo".

Los hechos probados recogen también que "no había ninguna resolución judicial que hubiere aprobado la compensación de la deuda y la entrega de la finca a la mandante, lo que se consiguió más tarde, pero no con el auxilio y dirección de la letrada". Finalmente se nos dice que "la relación profesional se rescindió el 10 de mayo de 2010".

Nos encontramos por tanto ante una situación en la que una clienta -la denunciante Araceli- encarga a una letrada en ejercicio la interposición de una denuncia penal por el impago de pensiones desde noviembre de 2004, respecto de una hija común. Tal encargo se realizó en febrero de 2009 y no llegó a cumplirse nunca. No estamos, por ello, ante un simple retraso, sino ante una omisión total de un encargo profesional.

Tampoco es admisible que tal "demora" fuese irrelevante por no haber causado perjuicio alguno porque el delito no estaba prescrito y finalmente se llegó a un acuerdo extrajudicial. El perjuicio existió desde el momento en que la preexistencia de una sentencia civil, la denuncia penal no tenía que ofrecer especial dificultad y si se hubiera interpuesto cuando se realizó el encargo se hubiera podido obtener una satisfacción a su pretensión, que no se logró en el tiempo transcurrido desde el encargo hasta la rescisión de la relación profesional en mayo de 2010.

3.4.- En segundo lugar se refiere la recurrente a la demora en la presentación de demanda de medidas provisionales previas a la demanda. Reitera que nos encontramos ante un simple retraso a la hora de presentar una demanda civil y que esa demora no causó ningún perjuicio ni a la clienta ni a la hija menor Sacramento.

Respecto a esta cuestión los hechos probados recogen:

"por otra parte el 19 de mayo 2009 sobre la base de la confianza generada en la Sra. Araceli esta encargó a Adoracion que interpusiese demanda de medidas urgentes de regulación de la guarda y custodia y fijación de la pensión por alimentos hacia la menor Sacramento fruto de otra relación, tras haberle abonado 1500 euros como provisión de fondos librándose la pertinente factura, y dado que se había roto la relación sentimental que la Sra. Araceli había mantenido con el padre de la menor Sr. Olegario con el que había tenido en común a la menor Sacramento siendo que si bien inicialmente con el consentimiento de la madre Sra. Araceli existía a prueba un régimen de guarda y custodia compartida de hecho instaurado, ya por esos fechas se mantenía en contra de la voluntad de la Araceli y deseaba esta modificarlo mediante dicha acción judicial". Nos dicen también que: "La Sra. Adoracion no hizo lo que se le había encargado en los términos en que se les había encargado ni tampoco a lo largo de más de un año y por dos veces le manifestó a Araceli haber interpuesto una demanda de medidas urgentes para obtener la custodia materna de la menor Sacramento cuando nada se había hecho. La situación de guarda y custodia compartida que generaba en la menor desorientación que se mantuvo durante casi un año".

De tal relato fáctico puede concluirse que tampoco este encargo recibido, y por el que la recurrente había cobrado 1.500 €, se llevó a cabo, a pesar de que ésta le manifestaba que ya había interpuesto la demanda de medidas provisionales. No estamos, por tanto, ante una simple demora, sino ante un total incumplimiento del encargo recibido. Y el perjuicio ocasionado a la Sra. Araceli ya ha sido analizado en el motivo precedente, en tanto tuvo que pasar por una custodia compartida no deseada y que finalmente y con la intervención de otra letrada fue modificada judicialmente.

3.5.- En tercer lugar se refiere al procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial 1065/2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona y al procedimiento de ejecución forzosa de derecho de familia 138/2005 del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona.

Insiste la recurrente en que su actuación fue atípica y no se causó ningún perjuicio, habida cuenta que la problemática existente en este procedimiento judicial fue resuelta a través de la suscripción de un acuerdo extrajudicial con el que también se solucionó la situación de impago de pensiones por la que la Sra. Araceli deseaba formular denuncia penal.

Los hechos probados en relación a esta cuestión recogen como en el procedimiento de ejecución por impago de pensiones nº 138/2005 respecto del ex esposo de la Sra. Araceli, la recurrente, después de haber cobrado sus honorarios se limitó a presentar un escrito de personación de fecha 14-4-2009, sin que se realizara gestión alguna en el procedimiento hasta el día 10-2-2011, fecha en la que la nueva letrada de la Sra. Araceli interesó la ampliación de la ejecución hasta comprender las pensiones impagadas hasta la fecha.

3.6.- Respecto del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial 1065/2007, íntimamente relacionado con el anterior, se declara probado que:

Más adelante dijo a su clienta que ella continuaba la ejecución de las pensiones impagadas por Lorenzo fijada su favor de la misma y de su hija Gracia y que ella pedía periódicamente la ampliación de la deuda por la que se seguía ejecución mediante la actualización del débito y que había conseguido la compensación del pago de 35000 € que debía consignar la clienta para la entrega de la propiedad de la finca de la DIRECCION000, cuando lo cierto es que no había ninguna resolución judicial que hubiere aprobado la compensación de la deuda y la entrega de la finca a la mandante, lo que se consiguió más tarde, pero no con el auxilio y dirección de la letrada.

Entre marzo de 2009 y febrero de 2011 la Sra Adoracion ante las continuas peticiones de información sobre la marcha las reclamaciones judiciales realizadas por la Sra. Araceli se limitó a dar excusas tales como la lentitud de los juzgados, la indicación de animadversión de jueces de primera instancia e incluso faltando conscientemente a la verdad llegó afirmar que había conseguido en el procedimiento de ejecución forzosa la adjudicación de la finca de la DIRECCION000 cuando tal finca y había sido adjudicada a la Sra. Araceli en el procedimiento de liquidación de sociedades de gananciales 1065/ 2007 seguido ante el juzgado obtenida por quien había sido el primer letrado de la Sra Araceli antes referido, si bien en dicha adjudicación se indicaba que la Sra. Araceli debía consignar 35000 € correspondientes al valor de la mitad indivisa del Sr. Lorenzo.

Fue bajo la de dirección letrada de la nueva letrada de la Sra Araceli, la letrada Elisabeth Martin y en el procedimiento de liquidación de gananciales que el 15.11.2011 tras acceder como pidió la nueva letrada a que se compensaran los 35000 con parte de lo reclamado por alimentos al Sr Lorenzo cuando el juzgado de instancia número catorce ordenó al registro de la propiedad DIRECCION001 la inscripción de la finca de la DIRECCION000 a nombre sólo de la Sra. Araceli.

Es decir que respecto a estos dos procedimientos la recurrente, a pesar de haber cobrado sus honorarios, ninguna actuación llevó a cabo y fue solo con la intervención de otra letrada cuando finalmente se solucionaron los problemas judiciales, compensando los 35.000 € con parte de lo reclamado por alimentos al ex esposo y consiguiendo así la suscripción solo a su favor de la finca el 15-11-2011.

Consecuentemente no nos encontramos ante simples demoras sino ante una verdadera inactividad originadora de un perjuicio manifiesto y evidente a los intereses de la clienta perjudicada, el cual deriva directamente de la omisión de la recurrente.

Cuarto.

El motivo cuarto por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, a saber, por indebida aplicación del art. 74 CP.

Basa su denuncia en que el único hecho que podría considerarse constitutivo de delito de deslealtad profesional (lo cual se plantea de manera hipotética) es el relativo a su actuación profesional en el marco del procedimiento de liquidación del régimen económico-matrimonial 1065/2007 del Juzgado de 1ª Instancia nº 14 de Barcelona, por lo que estamos ante un único hecho delictivo, sin posibilidad de concurrencia de la modalidad continuada.

El motivo debe ser desestimado.

Como ya hemos señalado en el motivo anterior, la vía casacional del art. 849.1 LECrim exige el respeto a los hechos probados, estos recogen no solo una acción delictiva, como se parte en el motivo, sino otras varias también llevadas a cabo por la recurrente, por lo que la aplicación del art. 74 -tal como se analizará en el motivo siguiente- deviene, en principio correcta.

Quinto.

El motivo quinto por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 74 CP.

Se sostiene por la recurrente que en ningún caso podemos encontrarnos ante un delito continuado por considerar que "tales hechos no pueden configurar la modalidad delictual continuada, sino que por el contrario, nos hallamos ante la denominada "unidad de acción" debiéndose en consecuencia excluir la imposición de las penas en su mitad superior."

5.1.- El motivo se desestima.

En cuanto a la posibilidad de aplicar la unidad natural de acción, las SSTS 354/2014, de 9-5; 650/2018, de 14-12; 499/2019, de 23-10; 261/2022, de 17-3, analizan este supuesto -unidad de acción- problemático en la dogmática penal que parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones, que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre sí, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario (STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atravesase dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (gran cantidad de golpes sobre una misma persona) es el resultado de un solo delito de lesiones (STS 566/2006, de 9-5).

Supuesto de unidad de acción que no puede extenderse de tal forma que abarque lo que manifiestamente constituye acciones autónomas, como es el caso presente, en el que nos encontramos con diversos encargos por parte de la denunciante -a los que nos hemos referido en motivos anteriores- para iniciar o actuar en diversos procedimientos judiciales en fechas diferenciadas y con minutas también distintas, que integrarían varios delitos que conforman uno solo continuado del art. 74 CP, cuyos requisitos se destacan por la jurisprudencia (vid. SSTS 86/2017, de 16-2; 211/2017, de 29-3; 140/2020, de 12-5):

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

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

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

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

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

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas, no siendo precisa la identidad de los sujetos pasivos.

g) Que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales, salvo la excepción del art. 74.3 CP (las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva).

5.2.- Continuidad delictiva que es admitida en el delito de deslealtad profesional del art. 467.2 CP, tal como recoge la STS 125/2019, de 12-3, en un supuesto de varios procedimientos judiciales que el acusado entabló en defensa de su cliente y de los que derivó un perjuicio para los intereses que le fueron encomendados.

No se cuestiona el reproche que el tribunal hizo a la defectuosa actuación técnica, sino que alega que el órgano de enjuiciamiento olvidó contemplar una reiteración que la acusación particular sí incluyó en su calificación definitiva -los hechos declarados probados reflejan que al letrado A. se le considere responsable de que, como consecuencia de un abandono profesional, hubo de desistir de la acción ejercitada en cuatro procedimientos concretos que detallan. Añade que por un mal hacer profesional se apreció litispendencia en otros procedimientos que de él dependieron, y también se describen en el relato histórico y terminan expresando los otros tres procedimientos en los que hubo de renunciarse a la acción, con pérdida de volver a ejercitarla. Todos ellos con perjuicios de contenido económico para la víctima, como fueron la condena en costas en todos los procedimientos reseñados- para recordar que el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 CP, se integran en una unidad jurídica. Se constituye por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción y estima en concurrencia, tal como acaece en el supuesto que nos ocupa.

Sexto.

El motivo sexto por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 467.2, párrafo segundo CP.

Considera que en el hipotético supuesto de que se considerara que la actuación profesional de Adoracion fuera constitutiva de delito de deslealtad profesional, tal delito habría sido cometido de manera imprudente, dado que ninguna prueba practicada ha acreditado que la misma actuara con la voluntad de perjudicar a su cliente, lo que evidencia la prueba es que la actuación errónea fue debida a una simple dejación, lo que encajaría en la modalidad imprudente.

Argumenta que de la prueba, especialmente los correos electrónicos, se desprende que la acusada siempre pretendió solucionar las distintas problemáticas judiciales en las que su cliente se encontraba, aunque finalmente incurriera en dejación y demora a la hora de abordar dichos problemas y aunque tal actuación profesional no respetara los estándares mínimos exigibles a un Abogado, no por ello debe dictarse una condena penal por la comisión dolosa del delito de deslealtad profesional, sino que, a lo sumo, su conducta fue imprudente.

6.1.- El motivo deberá ser desestimado.

En el caso actual, la sentencia recurrida, fundamento de derecho noveno (&82) en cuanto al tipo subjetivo considera que estamos en el tipo doloso, dolo eventual, partiendo de los hechos probados en los que se constata:

a) por lo que hace al primer encargo profesional que gira alrededor de la reclamación de los alimentos pendientes, cuya trascendencia, incluso económica no cabía ignorar desde que asume la dirección técnica de este procedimiento hasta su cese en el mismo y sustitución por otra letrada, no consta instada, en el procedimiento actuación alguna, un año y tres meses de paralización Y dada la inactividad en los autos por diligencia de 2 de junio de 2010 se llevan los autos al archivo.

Recibió por tanto un encargo cuya trascendencia, incluso económica no cabía ignorar, que teniendo acceso al procedimiento no podía ignorar su estado, que se mantuvo en el mismo en situación de total omisión de actividad, que informó a la clienta de hechos que no se había producido.

b) Respecto del segundo encargo recibido, la interposición de acción penal por impago de alimentos no hay duda alguna de la voluntad, real y firme voluntad de su cliente, e insistencia expresada claramente a la letrada por su cliente era la de interponer una denuncia penal pues objetivamente había, "prima facie" motivos para ello por los reiterados impagos no justificados y no se hizo desde que la contrata hasta que la despide y aun cuando la letrada hubiera puesto de manifiesto sus dudas o la conveniencia de otra vía, no cabe entender justificada la actuación de no hacer nada no interponerla, pues en todo caso si la letrada pensara que era del todo improcedente o, ante la insistencia de su cliente lo lógico hubiera sido abandonar el encargo recibido de esta encomienda pero no mantener la inacción profesional frente a la reclamación de la cliente.

c) En relación al tercer encargo profesional recibido, los procesos en relación a guarda y custodia de la hija menor, se le encargó la cuestión de las medidas de guarda y custodia y fijación de la pensión por alimentos hacia la menor y desde el primer momento se patentiza el conocimiento de la situación de la guarda y custodia de facto y la voluntad de la cliente de oponerse a ello en vía judicial lo antes posible, y a pesar de eso pasan meses marzo 2009 hasta enero 2010 hasta que se interpone la demanda de medidas provisionales, y cuando la propia letrada meses antes ya en mayo cruza correos con la clienta refiriendo que la demanda ya está redactada y en el mismo mes de mayo, también por correo la propia letrada refiere la necesidad de ir al procedimiento de medidas, luego ni podía ignorar, ni ignoraba la urgencia y premura de tal proceder.

d) En relación al encargo profesional vinculado al procedimiento de liquidación del régimen matrimonial, procedimiento de liquidación 1065/2017 de régimen económico matrimonial, hay dejación también, con personación el 14.4.2009 y la renuncia de la procuradora de 31.5.2010 un año un mes y 15 días sin que se haya practicado ningún tipo de actuación procesal en este procedimiento en el que además tenemos correos electrónicos en que Adoracion hace referencia a determinadas actuaciones que dice llevar a cabo las folio 151 reclamando una providencia que no existe. Una serie de correos ponen de manifiesto que la Abogada informa a la cliente folio 144 que el juez ha compensado la deuda e incluso dice que el lunes espera una providencia que dice tener en su poder y las respuestas a los requerimientos de información de la cliente le hacen creer que está hecho generando en la cliente no solo que ha sido adjudicado sino que ha sido registrado incluso.

Y a continuación, entre la conducta dolosa e imprudente se inclina por la primera al constatarse, no un dolo directo, sino una indiferencia que posibilita el dolo eventual, descartando la configuración imprudente "que podría sostenerse para un encargo puntual mal llevado adelante causando un resultado típico y con acción igualmente típica y por ello podría reconducirse a un supuesto de imprudencia grave, cuando este nivel de consciencia que a un acusado se le atribuya, relativo a la posibilidad e incluso a la vehemente probabilidad de causación de un perjuicio a su cliente, podría sostenerse cuando ello parezca insuficiente para integrar el dolo directo que sería necesario para reprocharle un "abuso malicioso" de su profesión.

Pero en este caso el dato que parece diferencial es que esa consciencia no podemos obviar que tuvo que desplegarse en el conjunto de los varios encargos recibidos no uno solo, en los que de forma continuada, persistente e indudable, la propia cliente manifestaba sus perjuicios su desazón los déficits del comportamiento profesional de la acusada con tal intensidad y secuencia en los diferentes encargos analizados que este nivel de consciencia, relativo a la posibilidad e incluso a la vehemente probabilidad de causación de un perjuicio a su cliente, en este caso puede sostenerse como suficiente para integrar el dolo, en unión del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca el perjuicio manifiesto al cliente.

Y ello en esencia por la reiteración de las reclamaciones de la cliente, la pluralidad de escenarios en que esas advertencias se desplegaban por esta.

Efectivamente aplicando la doctrina jurisprudencial sobre el dolo y en particular el dolo eventual, antes expuesta al exponer la dogmática que entenderíamos aplicable al caso del delito de deslealtad profesional, creemos estar ante un supuesto de conocimiento reiterado de la posibilidad de que se produzca el resultado perjudicial expuesto ante la reiteradas, manifiestas y contundentes manifestaciones de la cliente, y la consciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación pues en las condiciones expuestas respecto de los distintos la probabilidad de que se produzca determinado resultado, el perjuicio manifiesto a los intereses, aparece como elevada y entra por tanto dentro de lo probable, no es escasa y solo entra dentro de lo posible.

La acciones y omisiones acometidas someten consciente y voluntariamente a la víctima-cliente a situaciones peligrosas, la frustración manifiesta de los intereses de defensa profesional encomendados, que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico, ni lo prevea como consecuencia necesaria". Siendo así que el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, (...) pues, en efecto, En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado" (STS de 1 de diciembre de 2004, entre otras muchas).

Habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando, asintiendo o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Sin que por otro lado apreciemos circunstancias extraordinarias que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos.

Si bien no cabe atribuir esa conducta a la falta de preparación de la acusada o a déficits de su pericia técnico-jurídica, capacidad que no se pone en duda se trata de profesional con años de ejercicio y se ha acreditado documentalmente no tener ninguna, siquiera, mención negativa en lo deontológico, y aun cuando de manera subyacente a lo largo del plenario aparecen, fragmentariamente elementos a los que hemos hecho referencia, así en declaraciones como en documental, que pudieran haber coadyuvado al resultado (tales como la atención de la acusada a su padre enfermo, la dedicación al mismo, cambios en su despacho, etc), ello no obsta a la conclusión ya referida, pues otras acciones eran posibles a la acusada antes de causar el perjuicio típico, pues si la carga de otras obligaciones o su saturación de trabajo en el despacho o circunstancias funcionales no le permitían atender correctamente los encargos, siempre cabe al profesional libre abandonar el encargo o transmitirlo a otro profesional, exponiendo al cliente las causas justificadas para hacerlo así, en esencia evitarle perjuicios, y no no afrontar esas situaciones y causar el perjuicio."

6.2.- Razonamiento adecuado y conforme con nuestra doctrina jurisprudencial, que para establecer la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, hemos partido de que esta Sala, SSTS 1014/2011, de 10-10; 54/2015, de 11-2, que esta Sala reiteradamente, tiene declarado que el dolo eventual es del todo equiparable al dolo directo o intencional en cuanto al merecimiento del castigo aplicable, puesto que ambos suponen igual menosprecio del autor por el bien jurídico tutelado.

Siendo así en SSTS. 172/2008 de 30.4, y 210/2007 de 15.3, hemos precisado que el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca el resultado lesivo al sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (STS. 8.3.2004).

Por consiguiente tal como se aprecia en los precedentes jurisprudenciales reseñados -recuerdan las SSTS. 1187/2011 de 2.11 y 890/2010 de 8.10, esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23-4-1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, se afirma en la sentencia 69/2010, de 30 de enero, "ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo, se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta".

"Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de 'asentimiento', 'asunción', 'conformidad' y 'aceptación', en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo".

"Por lo demás, también parece claro que el conocimiento siempre precede a la voluntad de realizar la conducta que se ha previsto o proyectado. Si a ello se le suma que probatoriamente la acreditación del elemento intelectual, una vez que el riesgo es notablemente elevado para que se produzca el resultado, deriva en la acreditación inferencial de la voluntad, es comprensible la postergación de ésta en la práctica del proceso. Y es que tras constatar que el autor actuó con el conocimiento del peligro concreto que entrañaba su acción, no parece fácil admitir probatoriamente que el acusado no asume el resultado lesivo. Las máximas de la experiencia revelan que quien realiza conscientemente un acto que comporta un grave riesgo está asumiendo el probable resultado. Sólo en circunstancias extraordinarias podrían aportarse datos individualizados que permitieran escindir probatoriamente ambos elementos. Las alegaciones que en la práctica se hacen en el sentido de que se confiaba en que no se llegara a producir un resultado lesivo precisan de la acreditación de circunstancias excepcionales que

justifiquen esa confianza, pues esta no puede convertirse en una causa de exculpación dependiente del subjetivismo esgrimido por el imputado. En principio, el sujeto que ex ante conoce que su conducta puede generar un grave riesgo para el bien jurídico está obligado a no ejecutarla y a no someter por tanto los bienes jurídicos ajenos a niveles de riesgo que, en el caso concreto, se muestran como no controlables" (STS 69/2010, de 30-I).

Por otra parte, lo que, determina la frontera entre el actuar doloso y el imprudente, ya que, en éste último, aunque se exija la previsibilidad y evitabilidad del resultado producido, a partir del riesgo ocasionado, no puede afirmarse ni la alta probabilidad de su producción ni la representación consciente del agente ni, por ende, la aceptación, o incluso desprecio, por la eventual causación de semejante consecuencia.

El problema que se plantea por tanto reside en la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente. La jurisprudencia de esta Sala (SS. 1177/95 de 24.11, 1531/2001 de 31.7, 388/2004 de 25.3), considera que en el dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo (dolo eventual y culpa consciente) una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza porque, aún admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota, esto es el autor no se representa como probable la producción del resultado, porque confía en que no se originará, debido a la pericia que despliega en su acción o la inidoneidad de los medios para causarlos. En otras palabras: obra con culpa consciente quien representándose el riesgo que la realización de la acción puede producir en el mundo exterior afectando a bienes jurídicos protegidos por la norma, lleva a cabo tal acción confiando en que el resultado no se producirá, sin embargo éste se origina por el concreto peligro desplegado.

En el dolo eventual, el autor también se representa como probable la producción del resultado dañoso protegido por la norma penal, pero continúa adelante sin importarle o no la causación del mismo, aceptando de todos modos tal resultado (representado en la mente del autor). En la culpa consciente, no se acepta como probable el hipotético daño, debido a la pericia que el agente cree desplegar, o bien confiando en que los medios son idóneos para producir aquél, aún previendo conscientemente el mismo. En el dolo eventual, el agente actúa de todos modos, aceptando la causación del daño, siendo consciente del peligro que ha creado, al que somete a la víctima, y cuyo control le es indiferente.

Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso el agente que aquél no se va a producir (S.T.S. de 11/5/01).

Consecuentemente, cuando el autor somete a la víctima a situaciones que no puede controlar, debe responder de los resultados propios del peligro creado, aunque no persiga tal resultado típico.

En definitiva, si el autor quiso realizar una acción que genera un peligro adecuado a la producción del resultado que produjo, el dolo es directo. Por lo tanto, en este caso, dada la adecuación del peligro generado por la acción al resultado producido, carece de toda importancia la discusión referente a si el dolo directo es el único que permite la realización del tipo penal.

En definitiva para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y aprueba el resultado advertido como posible, y culpa consciente cuando el autor confía en que el resultado no se va a producir. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado cuya posibilidad se ha representado el autor. En el dolo eventual esta posibilidad se representa como próxima, y en la culpa consciente como remota. Otra teoría, aplica el dolo eventual entendiendo que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar un resultado prohibido por la Ley, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad. En SSTs. 706/2008 de 11.11, 181/2009 de 23.2, 85/2010 de 18.2, se insiste en que para la teoría del consentimiento o de la aceptación en el dolo eventual el sujeto aunque no persigue la realización del hecho típico como un fin, ni lo acepta como de necesario advenimiento junto a la consecución del objetivo propuesto, sí "consiente", "acepta", "asume" o "se conforma" -según la terminología de los distintos autores- con su eventual producción; mientras que en la culpa consciente el sujeto la rechaza, no se conforma con ello o confía en su no realización. La fórmula para discernir uno u otro supuesto sería no un juicio de lo que hubiese hecho el sujeto de conocer anticipadamente la certeza del resultado, sino el que atiende a la actuación concreta observada por el sujeto, una vez se ha representado lo eventualmente acaecible: si actuó a toda costa independientemente de la ocurrencia del evento típico hay dolo, pero si actuó tratando de eludir su ocurrencia habría imprudencia consciente. Para la teoría de la probabilidad, el dolo eventual no requiere ningún elemento volitivo sino sólo el intelectual o cognoscitivo de la representación del resultado típico como acaecimiento eventual, de modo que si el sujeto actúa considerando ese resultado, no solo como posible sino además como probable, es decir con determinado grado elevado de posibilidad, lo hará con dolo eventual, y si

sólo lo considera meramente posible pero improbable, actuará con culpa consciente o con representación, entendiendo como probabilidad algo más que la mera posibilidad aunque menos que probabilidad predominante.

Séptimo.

El motivo séptimo por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim, por incorrecta aplicación del art. 467.2, en relación con el art. 66, ambos del CP.

Argumenta que, a pesar de que la sentencia recurrida sostiene que procede la imposición de las penas en su mínima extensión, dicho criterio únicamente es empleado a la pena de multa, y no a la pena de inhabilitación, incumpliendo, por lo tanto, el principio de proporcionalidad.

7.1.- El motivo debe ser estimado.

En efecto, el delito del art. 467.2, en su modalidad dolosa, lleva aparejada unas penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Al ser delito continuado, el marco penológico en que nos moveríamos, conforme lo dispuesto en el art. 70.1.1ª CP, estaría entre la mitad superior: dieciocho meses de multa y dos años y seis meses de inhabilitación especial y la mitad de la pena superior en grado: 30 meses de multa y cinco años de inhabilitación especial.

El Tribunal "a quo" razona (fundamento derecho decimoquinto) sobre la penalidad a imponer que: "dicho delito en su modalidad dolosa resulta conminado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de dos a cuatro años y en su modalidad continuada, ex art 74 CP desde su mitad superior hasta la mitad de la superior en grado.

En el margen de las penas solicitadas y conforme a la subsunción establecida entendemos, ante la carencia de todo tipo de antecedente penal, o deontológicamente desfavorable que como elementos o circunstancia personal de las que habla el art 66. 6º CP puede ser valorada, y entendiendo que toda la gravedad del hecho queda abarcada ya por la pena del delito continuado que responde a ello, ante la actitud reflejada en los correos mantenidas entre cliente y abogado en los que este venía a reconocer una mal praxis por la que solicitaba excusas e intentaba solventar la cuestión abriéndose a una negociación sobre los perjuicios, estimamos que debe imponerse el mínimo legalmente previsto para este delito esto es

a) dieciocho (18) meses de multa con una cuota diaria de 6,00 € usual en este tribunal en ausencia de acreditación diferenciada de capacidad económica sobre lo que ni siquiera se le preguntó.

b) a la pena de 270 días de responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de la multa conforme a lo dispuesto en el art 53 CP.

c) a inhabilitación especial de tres (3) años para el ejercicio de la profesión de abogada."

7.2.- Consecuentemente ha incidido en un error, pues tras estimar que debe imponerse las penas en el mínimo legalmente previsto para este delito, la impuesta como inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogada, tres años, supera aquel mínimo -2 años, 6 meses y 1 día-. Error derivado de entender que la pena mínima de inhabilitación es dos años, cuando es uno en realidad.

Octavo.

El motivo octavo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, a saber, por inaplicación indebida del art. 21.5 CP en relación con el art. 66.1.2 CP.

La sentencia recurrida considera que no concurre ninguna circunstancia atenuante, a pesar de que en realidad, existen tres -reparación del daño, objeto del presente motivo; dilaciones indebidas, motivo noveno; y analógica de cuasi- prescripción (motivo décimo).

8.1.- Previamente debemos precisar que la concurrencia de estas circunstancias atenuantes, no consta fuera alegada en la instancia, por lo que la Audiencia Provincial no pudo pronunciarse sobre su eventual aplicación y como dice en la STS. 344/2005 de 18.3, el ámbito de la casación se constriñe a las cuestiones que fueron planteadas en la instancia por las partes en sus escritos de conclusiones, pero no alcanza a cuestiones nuevas, pudiéndose haber planteado temporáneamente, afloran en este tramite casacional, pues ello obligaría a esta Sala a decidir sobre temas que no fueron discutidos en el plenario, ni por tanto, aparecen expresamente razonados y resueltos en la sentencia de instancia, o habiéndose sometido a la debida contradicción. Es consustancial al recurso de casación que el mismo se circunscribe al examen de errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa "ex novo" y "per saltum" formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación pretensión de preceptos sustantivos no invocados, es decir sobre cuestiones jurídicas no formalmente propuestas ni debatidas por las partes SSTS. 545/2003 de 15.4, 1256/2002 de 4.7 que precisa "Como con razón denuncia el Fiscal, lo suscitado es en este momento una cuestión nueva, no planteada en la instancia. Y es jurisprudencia consolidada de esta sala que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, sin que puedan formularse, ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros no

suscitados con anterioridad, que obligarían al tribunal de casación a abordar asuntos no sometidos a contradicción en el juicio oral (SSTS de 8 de febrero de 1996 y de 10 de noviembre de 1994).

La doctrina jurisprudencial (STS. 707/2002 de 26.4) admite dos clases de excepciones a este criterio. En primer lugar cuando se trate de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión. Y en segundo lugar cuando se trate de infracciones de preceptos penales sustantivos cuya subsanación beneficie al reo (por ejemplo la apreciación de una circunstancia atenuante) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa.

Otra cosa conduciría a una injusticia manifiesta, contraria a la dignidad humana y al respeto a la persona en el ámbito procesal, porque obligaría al Juez a condenar a un inocente que no alegó dato o a condenar a una persona más gravemente, estando en una situación de atenuación de su responsabilidad, tan sólo porque su alegación no consta en el acto del juicio, expresa o formalmente aducida por su Abogado defensor.

8.2.- Desde esta perspectiva analizaremos los tres motivos, principiando por el motivo octavo, cuya desestimación deviene necesaria.

La doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en SSTS 125/2018, de 15-3; 293/2018, de 18-6; 916/2021, de 24-11; 764/2022, de 15-9, viene recordando que el artículo 21.5 del Código Penal dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

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

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

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

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

Pero también hemos dicho que, para la especial cualificación de esta circunstancia, se requiere -cfr. 868/2009, 20 de julio- que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.) y al contexto global en que la acción se lleve a cabo. La mayor intensidad de la cualificación ha

de derivarse, ya sea del acto mismo de la reparación -por ejemplo, su elevado importe-, ya de las circunstancias que han condicionado la respuesta reparadora del autor frente a su víctima.

Hemos sentado el principio de que la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Así, en la STS 1156/2010, 28 de diciembre, dijimos que la mera consignación del importe de las indemnizaciones solicitadas por las acusaciones no satisface las exigencias de una actuación post delictum para elevar la atenuante ordinaria a la categoría de muy cualificada. Para ello se necesitaría algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que pretende el recurrente. A esa misma idea se adscriben las SSTS 87/2010, 17 de febrero y 15/2010, 22 de enero, entre otras muchas.

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

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

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

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

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

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

El elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a

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

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

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

Y en lo que se refiere a su aplicación como atenuante muy cualificada, tiene dicho esta Sala que si de modo sistemático la reparación total se considerara como atenuante muy cualificada se llegaría a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena; finalidad preventivo general que quedaría, al entender de este Tribunal, burlada con la rebaja sustancial que se pretende (STS 1156/2010, de 28-12). Y también se ha argumentado que para la especial cualificación de esta circunstancia se requiere que el esfuerzo realizado por el culpable sea particularmente notable, en atención a sus circunstancias personales (posición económica, obligaciones familiares y sociales, especiales circunstancias coyunturales, etc.), y del contexto global en que la acción se lleve a cabo (STS 868/2009, de 20-7). Si bien se ha matizado que no es determinante la capacidad económica del sujeto reparador, aunque sea un dato a tener en cuenta, porque las personas insolventes gozarían de un injustificado privilegio atenuatorio, a pesar de la nula o escasa repercusión de su voluntad reparadora en los intereses lesionados de la víctima (STS 20-10-2006).

En todo caso, siempre que se opere con la atenuante muy cualificada ha de concurrir un plus que revele una especial intensidad en los elementos que integran la atenuante (SSTs 50/2008, de 29-1; y 868/2009, de 20-7).

Bien entendido que si en una interpretación estricta del precepto pareciera que la reparación del daño como atenuación sólo debería operar en general en los delitos en los que el bien jurídico protegido sufre un perjuicio indemnizable, por lo que su ámbito propio de aplicación serían los delitos patrimoniales. Sin embargo, ningún condicionamiento se establece para aquellos casos en que siendo de naturaleza estrictamente personal, no patrimonial, el bien jurídico protegido por el delito, bien de forma directa o bien indirectamente, se señalan indemnizaciones por daños de carácter moral, no para reparar, sino para que en alguna medida compensar el daño producido por la infracción criminal, aceptándose la ficción jurídica basada en razones de política criminal de incentivar la actuación post delictiva del acusado para compensar de algún modo a la víctima, aunque en muchas ocasiones el daño sea, en su globalidad, irreparable, atendiéndose para ello a las indemnizaciones dinerarias reclamadas o fijadas por el Juez o Tribunal sentenciador.

8.3.- En el caso presente, el Ministerio Fiscal solicitó una indemnización a favor de la perjudicada de 30.000 € para compensar daños y perjuicios morales y padecimientos psíquicos a la denunciante y por el perjuicio económico que la mala praxis ha generado en la víctima. La acusación particular un total de 50.000 € por distintos conceptos que detallaba. La sentencia recurrida se pronuncia sobre cada uno de estos conceptos y concede un total de 19.000 €, con independencia de la devolución de las provisiones de fondos por importe de 3.240 €, único abono que hizo la acusada. Cantidad esta que supone poco más del 17% de la cantidad concedida que no permite apreciar la atenuante de reparación.

Y en cuanto a las gestiones con una compañía de seguros para tratar que la víctima fuera indemnizada - con independencia de que las mismas no prosperaron- incluso el hecho de que la aseguradora hubiera abonado alguna cantidad, no permitiría aplicar esta atenuante, por cuanto ésta se refiere solo a haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, pero la relación de la compañía de seguros con el perjudicado, constituye un ámbito ajeno (STS 218/2003, de 18-2). La reparación es una conducta personal del culpable, lo que hace que se excluyan, entre otras, los supuestos de constitución de fianza exigidos por el Juzgado y los pagos hechos por compañías de seguros en cumplimiento de seguro concertado.

Noveno.

El motivo noveno por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, aplicación indebida del art. 21.6 CP en relación con el art. 66.1.2 CP.

Señala como dilaciones indebidas no imputables a la penada las siguientes:

1.- Entre que se dictó Auto de fecha 30 de enero de 2015 acordando que los Mossos d'Esquadra elaboraran un informe pericial informático hasta que dicho cuerpo policial presentó su informe en fecha 7 de octubre de 2016, transcurrió 1 año, 8 meses y 8 días sin actividad instructora sustancial.

2.- Entre la remisión de los autos por parte del Juzgado de Instrucción 22 de Barcelona en fecha 28 de junio de 2017 a la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona hasta el dictado de Auto de Admisión de Pruebas de fecha 26 de abril de 2018 transcurrieron 10 meses.

3.- Entre el dictado de Auto de Admisión de Pruebas de fecha 26 de abril de 2018 hasta el dictado de Diligencia de Ordenación de fecha 10 de enero de 2019 señalando fecha para la celebración del acto de juicio oral transcurrieron 8 meses y 15 días.

4.- Entre el dictado de Diligencia de Ordenación de fecha 10 de enero de 2019 señalando fecha para la celebración del acto de juicio oral hasta su efectiva celebración en fecha 30 de mayo de 2019 transcurrieron 5 meses y 20 días.

5.- Entre la celebración del acto de juicio oral el 30 de mayo de 2019 hasta el dictado de la Sentencia de fecha 17 de junio de 2020 ahora recurrida transcurrió 1 año y 1 mes (al respecto, cumple recordar la ilustrativa la STS núm. 1111/2006, de 15 de noviembre: "se produjo una intolerable procrastinación después de celebrado el juicio y el momento de dictar y motivar la sentencia", vulnerándose "el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (que) alcanza inclusive a la sentencia de la instancia, dado que sin ella no hay decisión y que la decisión dentro de un plazo razonable es a lo que tiene derecho el acusado").

En total, ha existido una dilación indebida de 4 años, 9 meses y 12 días.

9.1.- El motivo, se adelanta, deberá ser desestimado.

1) Como hemos dicho en SSTS 969/2013, de 18 diciembre; 196/2014, de 19 marzo; 415/2017, de 17 mayo; 817/2017, de 13 de diciembre; 152/2018, de 2 de abril; y 528/2020, de 21-10, la reforma introducida por L.O. 5/2010, de 22.6 ha añadido 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 atribuibles 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 de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas, ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y su daño no cabe reparación (STS 654/2007, de 3-7; 890/2007, de 31-10, entre otras) debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.

Como dice la STS 1-7-2009 debe 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.

9.2.- En el caso actual, con arreglo a los parámetros jurisprudenciales expuestos, aunque el tiempo de tramitación podría considerarse excesivo con algunas paralizaciones que se detallan en el motivo, no son suficientes para dar cobertura a la atenuante postulada -y menos aún como muy cualificada-.

La sentencia recurrida, en el último de los antecedentes de hecho (&30) detalla la causa desde la fecha de su incoación, 5-2-2013, hasta la fecha del juicio, 30-5-2019, -causa que fue declarada compleja por auto de 3-2-2016 por un plazo de instrucción de 18 meses- y concluye que en la tramitación y celebración del juicio se habían observado las prescripciones legales exigidas al efecto "excepto los plazos legales debido a la carga de trabajo del tribunal y ponente, señalamientos, causas preferentes y urgentes y demás de preferente y urgente tramitación", lo que justificaría el retraso en dictar la sentencia el 17-6-2020, extensa y detallada en la cita de precedentes doctrinales y jurisprudenciales y análisis de todas las cuestiones planteadas, sin olvidar que impuestas las penas en su mínima extensión, la eventual concurrencia de la atenuante de dilaciones, no tendría efecto práctico alguno.

Décimo.

El motivo décimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por haber infringido preceptos penales de carácter sustantivo, por inaplicación indebida del art. 21.7 CP en relación con el art. 66.1.2 CP.

Cuestiona que el Tribunal "a quo" no haya valorado la atenuante analógica de cuasiprescripción, la cual concurre habida cuenta del importante lapso temporal transcurrido entre la consumación del hecho, junio 2010 y la denuncia formulada, 31-1-2013, por lo que si bien no había transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción del delito, sí debe ser valorado como referida atenuante, habida cuenta que en el momento de iniciarse el procedimiento penal ya habían transcurrido varios años desde la consumación del delito y el instituto de la prescripción ya se encontraba muy avanzado, habiendo transcurrido más de la mitad de dicho plazo.

10.1.- Queja inasumible.

Como hemos dicho en STS 528/2020, de 21-10, la jurisprudencia de esta Sala ha estimado en algunos precedentes la atenuante de cuasiprescripción, como respuesta obligada a aquellos casos en los que el tiempo de interposición de una denuncia se ralentiza por el perjudicado, como estrategia de presión en la búsqueda de una solución negociada que evite la interposición de una querrela.

Así, en la STS 374/2017, de 24-5, se recuerda que en la STS 883/2009, de 10-9, ya se accede a la analogía del argumento centrado en la posibilidad de extender el ámbito material de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6) a supuestos distintos de los hasta ahora considerados por esta Sala. Y entre el fundamento de la nueva atenuante se alude que aquellos casos en los que la parte perjudicada recurre a una dosificada estrategia que convierte el ejercicio de la acción penal - con los efectos de toda índole que de ello se derivan- en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido. La eficacia de una maniobra de esas características puede incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión solo al alcance del perjudicado.

En suma, el transcurso desmesurado del tiempo provocado de forma voluntaria por el perjudicado, no debería excluir la posibilidad de un tratamiento específico por la vía de la atenuante analógica invocada por el

recurrente. El sistema penal estaría así en condiciones de traducir en términos jurídicos las estratagemas dilatorias concebidas con el exclusivo propósito de generar una interesada incertidumbre en el autor del hecho delictivo presionado extrajudicialmente para su reparación. Se dibuja así una suerte de "cuasi prescripción" que encontraría fundamento en la necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima, pero que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporánea, los fines que le son propios.

Las SSTs 290/2018, de 14-6, y 72/2019, de 11-2, precisan que esta Sala ha reconocido en determinados supuestos la atenuación analógica de cuasiprescripción desde dos razones justificantes esenciales:

a) que el periodo de prescripción estuviera próximo a culminarse, de manera que el olvido social del delito, que termina por fundamentar la extinción de la responsabilidad criminal, se percibe ya de manera marcada e intensa; y

b) que la parte perjudicada haya recurrido una dosificada estrategia para servirse del sistema estatal de depuración de la responsabilidad criminal como instrumento que potencie la incertidumbre del autor del hecho delictivo, bien como instrumento de presión para una negociación extrajudicial o, lo que sería como mecanismo con el que potenciar la vindicación del perjuicio sufrido; supuestos en los que el sistema penal está en condiciones de reequilibrar, en términos de proporcionalidad, unas estratagemas dilatorias que el ordenamiento jurídico no consiente, particularmente para los delitos públicos, respecto de los que expresamente impone su denuncia inmediata en los artículos 259 y ss de la LECrim.

Pero en todo caso la jurisprudencia se cuida de advertir que no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado periodo de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o de los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal (SSTs 1387/2004, de 27-12; 77/2006, de 1-2; 374/2017, de 24-5).

Supuestos estos que serían los aplicables al caso al no especificarse por la recurrente, salvo el transcurso del tiempo, dato alguno revelador de esa conducta interesada de la perjudicada en retrasar la interposición de la denuncia para presionar a la recurrente.

UNDÉCIMO.- El motivo undécimo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por haberse infringido preceptos penales de carácter sustantivo, a saber, incorrecta aplicación del art. 113 CP en relación con el art. 115 CP.

Considera que la base y criterios empleados por el Tribunal "a quo" para calcular la responsabilidad civil - establecida en 19.000 €- son arbitrarios y carentes de toda lógica y objetividad, sin que haya quedado acreditada la existencia de dicho daño moral. Así, cuestiona el reconocimiento de la indemnización de 12.000 € a favor de la denunciante en concepto de daño moral como consecuencia de la demora en presentar la demanda de medidas provisionales previas a la demanda, cuando obra en autos sentencia de 12-5-2012 del Juzgado de 1ª Instancia nº 51 de Barcelona que declara probado que la guarda compartida no causó perjuicio alguno a la menor.

Finalmente discrepa de la concesión de 7.000 € por daño moral derivado del retraso en la actuación de la recurrente en relación con los asuntos judiciales existentes entre la denunciante y su ex marido Sr. Lorenzo, al establecer dicha indemnización de manera arbitraria y sin seguir ningún criterio objetivo y sin tampoco justificar el por qué de esa cifra.

11.1.- El motivo se desestima.

Los daños morales -se dice en la STS 127/2020- no dependen, a diferencia de los materiales, de una determinación objetiva, por ello, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y desde antiguo, ha mantenido que no tienen que concretarse con alteraciones patológicas o psicológicas sufridas por las víctimas, sino que pueden surgir de la mera significación espiritual que tiene el delito para ella y de la necesidad de integrarlo en su experiencia vital.

Cuando no haya alteraciones objetivamente perceptibles, no requiere más parámetros para la evaluación de su alcance que la gravedad de la acción que lesionó a la persona perjudicada, la importancia del bien jurídico protegido y las singulares circunstancias de la víctima. Habrá de efectuarse su cálculo en un juicio global basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva atendiendo a la naturaleza del hecho, su gravedad y reiteración y contexto en el que se desarrolla. De esta manera su apreciación no exige de una constancia en los hechos probados, en cuanto de ellos fluye con naturalidad el impacto en la esfera personal que se pretende reparar. Finalmente, solo puede ser objeto de control, cuando sea manifiestamente arbitrario y objetivamente desproporcionado.

11.2.- Y en relación al daño moral derivado, precisamente, de una relación de servicios de abogado, la sentencia de la Sala Primera núm. 1.157/2003, de 12-12, recuerda que "... ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante, sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados."

Igualmente la referida sentencia explica que "... no puede hablarse de quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del art. 1104 del Código Civil, la constatada negligencia del Abogado, porque no es posible subsumir como tal la frustración del actor por esa negligencia, esto es, se subraya, por completo, la falta de exigencia etiológica o relación de causalidad en la idea de que esa conducta negligente fuese determinante de la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada; ahora bien, ello en caso alguno, determina la inocuidad o la falta de sustancia valorativa a efectos del resarcimiento... o sea, ha de descartarse --como con absoluto rigor procede-- la equivalencia entre esa conducta negligente y el supuesto daño padecido o, que aquélla fuese, sin más, la causa de la insatisfacción de la pretensión y que, por ello, la cuantía de ésta, coincidiera con la condena resarcible; otra cosa es, que sí fuesen determinantes de otro tipo de perjuicio y además directo y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o en la tutela judicial efectiva." (STS 341/2020, de 22-6).

11.3.- En el caso que nos ocupa, existe prueba suficiente determinante de la presencia de un perjuicio moral a la denunciante. En efecto la sentencia recurrida en cuanto a la indemnización solicitada, 12.000 € por la demora, a la hora de presentar la demanda de medidas provisionales en relación al régimen de custodia compartida "por el sufrimiento continuado de la Sra. Araceli al vivenciar ella el de la menor sometida durante tres años a un régimen de custodia que se evidenció contrario a su interés existiendo de su parte un sobreesfuerzo de readaptación continua, siendo que ya la madre misma tenía que soportarlo con total impotencia, causada por su indefensión", da por probado que por consecuencia de todo ello la hija menor de la Sra. Araceli se mantuvo durante el período en que no se modificó el régimen de custodia compartida de facto o inicialmente pactado entre las partes hasta el dictado de la sentencia civil que no modificó en un régimen de custodia que se evidenció como contrario a su interés.

Se da también por probado que la Sra. Araceli ha sufrido por todo ello y por lo expuesto y declarado probado un sentimiento de traición en la confianza entregada a que debía haberla defendido la letrada y un sentimiento de desazón intensa por el retraso en las actuaciones encomendadas no percibiendo durante esos períodos de retraso compensación a las cargas a las que tuvo que hacer frente habiendo dedicado horas y esfuerzos a comprender y remover los obstáculos de los que tuvo progresivo conocimiento ya sea en reuniones a comunicaciones que se evidenciaron inútiles con la acusada.

No se considera probada la pérdida de oportunidad de venta de la finca por esta causa o la de obtención de ayudas para familia numerosa desde el nacimiento de su tercer hijo.

Y en base a ello y teniendo en cuenta los criterios generales antes expuestos sobre indemnización del daño moral, de especial intensidad pues venían referidos a la vivencia negativa y dolorosa de la situación de la menor, reconoce la cantidad reclamada, 12.000 €, a razón de 1.000 mensuales por cada uno de los doce meses de retraso en la interposición de la demanda, como adecuada al padecimiento moral que se ha declarado probado. Cuantía que debe mantenerse en esta sede casacional, pues la traducción de los criterios tenidos en cuenta para estimar concurrente el daño moral en una suma de dinero, solo puede ser objeto de control en el recurso de casación, cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada.

11.4.- A similar conclusión desestimatoria ha de llegarse en relación a los 7.000 € concedidos -frente a la reclamación de 14.000 €- por la actuación de la recurrente en los casos llevados contra D. Lorenzo, liquidación de gananciales y ejecución, por importe de los catorce meses de engaño y pérdida de oportunidad del cobro de pensiones y cargas adeudadas por este.

La sentencia recurrida, tras no estimar producido daño material pues "este tema concluyó por un acuerdo extrajudicial con el demandado en el procedimiento civil, por el que la acusadora se dio por saldada en los términos del mismo, por lo que debemos concluir que esa satisfacción así aceptada compensaba directamente todos los eventuales daños materiales o económicos de los retrasos habidos y sus intereses, considera sin embargo que cosa distinta es que el retraso en las actuaciones encomendadas, no percibiendo, durante esos periodos de retraso, compensación a las cargas a las que tuvo que hacer frente y provocándole un sentimiento de desazón intensa por el retraso en las actuaciones encomendadas, que se presenta aquí de naturaleza e intensidad distintos del vinculado a la vivencia de la situación de la hija menor antes referido, pero aún siéndolo permite tomar como referente aquel de la pérdida de confianza para que esta Sala 2ª tiene un criterio de fijación en la indemnización (provisión de fondos más intereses) -vid. STS 516/2019, de 20-10-, y a la búsqueda de un estándar de referencia como señala la STS 637/2019, de 9-12, que precisa:

"La referencia al daño moral exige precisar, también, la doctrina al respecto de la Sala, que se explica de forma detallada en la reciente sentencia Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 458/2019 de 9 Oct. 2019, Rec. 10194/2019, donde ya expusimos de forma extensa y detallada sobre el daño moral que:

"En una primera aproximación la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre).

Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior. Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007.

La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica.

Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho.

Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "alguna-cantidad-habrà-que poner" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica.

Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). Pas de motivation sans texte se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente.

Y partiendo del referido estándar, pero señalando que esta desazón se presenta con notable intensidad atendiendo a las cantidades abonadas como provisión de fondos ya devueltas, que suman algo más de 3.000 €, entiende suficiente reconocer por este concepto la cantidad de 7.000 €, la mitad de lo solicitado, que prácticamente es el doble de las cantidades abonadas como provisión de fondos.

Siendo así, no puede hablarse de falta de motivación en la fijación del daño moral y que la cantidad concedida resulte manifiestamente arbitraria y notoriamente desproporcionada.

DUODÉCIMO.- Estimándose parcialmente el recurso, procede declarar las costas de oficio (art. 901 LECrim).

F A L L O

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 Adoracion , contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2020, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 88/2014.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION NÚM.: 166/2021

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. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 166/2021, interpuesto por Adoracion , contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2020, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 88/2014, por delito continuado de deslealtad profesional, y 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 aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Tal como se ha razonado en el Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia precedente, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía debe establecerse en 2 años, 6 meses y 1 día (límite mínimo de la mitad superior al tratarse de un delito continuado).

F A L L O

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

1º) Fijar la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía en 2 años, 6 meses y 1 día.

2º) Mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Ángel Luis Hurtado Adrián

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.