



Roj: **STS 3624/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3624**

Id Cendoj: **28079120012021100732**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/10/2021**

Nº de Recurso: **4475/2019**

Nº de Resolución: **763/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 763/2021**

Fecha de sentencia: 07/10/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **4475/2019**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/10/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **4475/2019**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 763/2021**

Excmos. Sres.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 7 de octubre de 2021.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **4475/2019** interpuesto por Sabino y la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS, TERRORISMO Y VIOLENCIA DE GÉNERO** representados por la procuradora Sra. D.ª Noelia Nuevo Cabezuelo, bajo la dirección letrada de D. Sabino contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón (PA nº 41/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón) en causa seguida contra el recurrente por un delito de estafa. Ha sido parte recurrida Juan Luis representado por el procurador D. Vicente Ninot Domingo y bajo la dirección letrada de D. Ángel Luis Ania Presa. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Castellón instruyó PA con el número 217/16, contra Sabino por un delito de estafa. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana que con fecha 31 de enero de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Se considera probado, y así se declara expresamente, que el acusado es abogado, colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde el 8 de julio de 2002, habiendo alternado períodos de ejerciente con otros de no ejerciente. Desde el 8 de enero de 2009 había pasado a la situación de ejerciente.

El 23 de enero de 2009 el acusado realizó el acta fundacional de la "Asociación española de víctimas de delitos violentos, terrorismo y violencia de género", junto con su padre y su hermana, todos ellos con el mismo domicilio; y figurando el acusado como presidente de la misma. La asociación fue inscrita el 7 de abril de 2009 en el Registro nacional de Asociaciones que se lleva en el Ministerio del Interior.

El 22 de marzo de 2009 fue asesinada D.ª Lorenza, por su entonces esposo, en la localidad de Castellón de la Plana. La mencionada era la madre de Juan Luis.

Habiendo tenido conocimiento el acusado de la muerte violenta de la sra. Lorenza a través de las noticias difundidas por los medios de comunicación, aquel decidió trasladarse a la localidad de Castellón de la Plana con la finalidad de contactar con los familiares de la asesinada.

A tal fin, el acusado dejó una tarjeta o nota con su nombre y teléfono en el bar "Toledano situado al lado de la vivienda de la finada, pues allí le habían dicho que conocían a la que entonces era la novia ( Sabina ) del hijo único de aquella, Juan Luis.

La nota le fue entregada finalmente a la mencionada Sabina, y esta se la entregó a Juan Luis, el cual se puso en contacto con el letrado acusado.

No más tarde del 30 de marzo de 2009, el acusado se desplazó a Castellón de la Plana para entrevistarse con Juan Luis. En dicha entrevista el acusado se ganó la confianza de Juan Luis, tras presentarse como abogado y presidente de la "Asociación española de víctimas de delitos violentos, terrorismo y violencia de género", y tras indicarle que, no teniendo la Asociación ánimo de lucro, estaba dispuesto a ayudarle de forma gratuita en todo lo que necesitara para defender sus intereses en el proceso penal seguido por la muerte de su madre, y para la tramitación de todas las ayudas disponibles de las Administraciones Públicas y entidades privadas. Ese día, Juan Luis, en la creencia de que el acusado le iba a prestar sus servicios de forma gratuita, y por motivaciones puramente altruistas, en cuanto que presidente de la Asociación mencionada, en una hoja encabezada por la "Asociación española de víctimas de delitos violentos, terrorismo y violencia de género", y los datos de esta, designó a dicha Asociación y a "su" abogado Sabino, "para el ejercicio de las acciones penales como acusación particular en el fallecimiento de mi madre D.ª Lorenza, y para la tramitación de todas las ayudas disponibles por parte de las Administraciones Públicas y entidades privadas.

Días después, y so pretexto de tener que suscribir un poder para pleitos, el acusado le manifestó a Juan Luis la necesidad de que acudiera a una determinada notaría de Castellón de la Plana a firmar un apoderamiento, en favor de la referida Asociación y del acusado, redactado según las instrucciones dadas por este. El poder se firmó el 28 de abril de 2009. Y, entre una larga lista de facultades generales y especiales que se confieren a la Asociación y al acusado, indistintamente, figuran las siguientes:

- "Percibir cantidades, indemnizatorias o no, resultantes de decisiones judiciales y/o administrativas favorables a la parte poderdante, ya figuren en nombre de poderdante o apoderado "

"A detraer sus propios honorarios y a hacer pagos según lo previsto en el artículo 20.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española "

"A formular cualquier tipo de reclamación, ya sea oficial, privada, pública o legal, ante cualquier Autoridad o en cualquier jurisdicción o ante cualquier otra persona, cobrando indemnizaciones y otras cantidades a las



que tenga derecho el poderdante en virtud de documentos, resoluciones, veredictos o sentencias judiciales subsiguientes, así como efectuar pagos eventualmente derivados de dichas reclamaciones".

"Y especialmente para transaccionar sobre el objeto de cualquier proceso judicial en el que intervenga, así como para retirar depósitos, fianzas, cobrar indemnizaciones, intereses y tasaciones de costas que fueran abonadas a través de mandamientos judiciales o cualquier otra forma de pago".

Con ello el acusado pretendía dotarse de una apariencia de legitimidad para todos los actos de aprovechamiento y lucro propio que pretendía hacer con todas las indemnizaciones y ayudas que Juan Luis pudiera obtener como consecuencia de la muerte de su madre. Y sin que Juan Luis, con muy escasa formación, deprimido por la muerte de su madre, y confiando plenamente en el acusado y en que este actuaba movido por motivaciones puramente altruistas, comprendiera el contenido y el alcance de aquel apoderamiento, que se limitó a suscribir siguiendo las instrucciones recibidas.

Continuando con la estrategia planeada por el acusado, el día 15 de julio de 2010, al término del juicio celebrado dicho día en la Audiencia Provincial de Castellón por la muerte violenta de la madre de Juan Luis, y cuando este y su entonces novia estaban acompañando al acusado hasta la estación de tren, el acusado le hizo ver a Juan Luis la necesidad de que aperturaran una cuenta bancaria nueva, en la que aparecieran como titulares ambos, al objeto de gestionar mejor las ayudas e indemnizaciones que pudiera obtener. Ante lo que dicho día procedieron a la apertura de una cuenta bancaria en BANCAJA (la núm. NUM000), en la que aparecieron como cotitulares Juan Luis y el acusado, con posibilidad de disposición "indistinta" por ambos cotitulares; y en la que se indicaron como datos de correspondencia, el nombre del acusado y su domicilio en Madrid. Desde el 15 de julio de 2010 el acusado no volvió a ponerse en contacto con Juan Luis.

A finales de 2013, D.<sup>a</sup> Macarena, que había sido amiga y compañera de trabajo de la madre de Juan Luis, se interesó por la situación de este. Y habiendo constatado la situación de penuria económica en que se encontraba este, y teniendo conocimiento de la existencia de un seguro de vida como afiliada al sindicato CCOO, la sra. Macarena le ayudó a seguir los trámites para cobrarlo. Dado que Juan Luis necesitaba una copia testimoniada del informe forense para tramitar su solicitud, y que no pudo ponerse en contacto con su letrado (el acusado), en la oficina de la Sección de la Audiencia Provincial en la que se tramitaba la ejecutoria (la núm. 17/11) le pusieron en contacto a Juan Luis con su procuradora.

Y fue al ir a recoger el informe forense solicitado cuando, en la Secretaría de la Sección 20 de la Audiencia Provincial, al comentar la Sra. Macarena que Juan Luis estaba en la indigencia, le expresaron su extrañeza, dado que en la ejecutoria constaba la comunicación remitida por la subdirección general de gestión de clases pasivas, del Ministerio de Hacienda, en la que informaba de las ayudas que le habían sido reconocidas a Juan Luis por su condición de víctima indirecta por el fallecimiento de su madre, en aplicación de la Ley 35/95, de 11 de diciembre.

Finalmente se pudo comprobar que por resoluciones de 9 de diciembre de 2010 y de 16 de septiembre de 2011 de la Dirección General de costes de personal y pensiones públicas (del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas) le habían sido reconocidas dos ayudas por importes de 50.615,04 euros, y de 3.163,44 euros, respectivamente. Más exactamente, por la primera resolución se le reconoció provisionalmente la ayuda por importe de 50.615,04 euros; y que fueron abonados mediante transferencia bancaria el 22 de febrero de 2011.

En tanto que por la segunda resolución se cuantificó la ayuda definitiva a que tenía derecho en 53.778,48 euros, procediendo a abonarse el 20 de octubre de 2011 los 3.163,44 que quedaban por abonar, también mediante transferencia bancaria.

Dichas transferencias fueron ordenadas a la cuenta bancaria de BANCAJA antes referida. Y tras ser ingresado el dinero en la misma, el acusado se apropió de dichas cantidades mediante transferencia de los primeros 50.615,04 euros realizada el 8 de marzo de 2011 a una cuenta bancaria titularidad de "ZIMASNEO S.L." (se trata de una entidad constituida el 23 de octubre de 2009, en la que el acusado es socio único y administrador, sin actividad aparente, y que nunca ha presentado cuentas); y mediante reintegro de 3.166,58 euros realizado el día 11 de noviembre de 2011 en la oficina bancaria núm. 0663 (radicada en la calle Francisco de Rojas núm. 5, de Madrid).

Con la finalidad el acusado de poder llevar a efecto sus planes, en los escritos presentados (desde agosto de 2009) en el Ministerio de Hacienda en solicitud de las ayudas previstas en la Ley 35/95, el acusado siempre señaló como único domicilio a efectos de notificaciones el de su despacho profesional en Madrid. Y tras haber indicado el acusado en los escritos primeramente presentados una cuenta bancaria para cobro de las ayudas de la que él era exclusivo titular, como quiera que la Administración le requirió para que presentara una cuenta



bancaria a nombre del beneficiario de las ayudas, es por lo que hubo de convencer a Juan Luis para que abrieran la cuenta de BANCAJA más arriba referida (la cual presentó el 16 de julio de 2010).

Dada la confianza plena que Juan Luis tenía en el acusado (confianza fundada en el hecho de que este decía intervenir de forma gratuita y a través de la Asociación más arriba referida, y ante el hecho de que el acusado nunca le había reclamado ni hablado de contraprestación alguna), aquel firmaba todos los documentos que el acusado le presentaba para que los firmara. En este contexto le firmó en algún momento el documento denominado por el acusado "hoja de encargo profesional", fechado el 18 de marzo de 2010, y que el acusado le había dado a firmar con la finalidad de cubrir de aparente legalidad su ilícito proceder. El sr. Juan Luis nunca fue consciente de haber firmado dicho documento, puesto que el acusado nunca le habló de honorarios, ni le hizo reclamación alguna a este respecto.

En la fecha del documento recién referido, el sr. Juan Luis carecía de ingresos que no fueran la pensión de orfandad (630 euros mensuales) que percibió hasta los 25 años (nació el NUM001 de 1989, y estaba sobreviviendo gracias a las ayudas municipales que le facilitaban vivienda y vales para poder atender sus necesidades básicas, extremos estos que el acusado conocía y que puso de relieve en el expediente administrativo promovido para la concesión de las ayudas previstas en la Ley 35/95".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO.- - Que debemos condenar y condenamos a Sabino , en cuanto que autor penalmente responsable de un delito de estafa (del art. 250, 1.40 y 50 del C.P.), a las penas de prisión de dos años (con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de abogado durante dicho período de tiempo), y de multa de nueve meses, con una cuota diaria de 10 euros (lo que hace un total de 2.700 euros, que el penado tendrá que pagar en un máximo de nueve meses; afirmándose su responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 del C.P. en caso de impago, a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resulten impagadas).

Asimismo, procede declarar la condena del acusado al pago de las costas procesales (incluyendo dentro de estas los gastos de abogado y procurador de la acusación particular); y a que indemnice a D. Juan Luis con la suma de 53.778,48 euros, con los intereses legales desde la fecha en que el acusado dispuso de ellos; declarándose la responsabilidad civil directa de "CASER SEGUROS" con respecto al pago de dicha cantidad hasta el límite cuantitativo pactado fijado en el contrato (18.000 euros), más los intereses moratorios del art. 20 de la L.C.S. desde la fecha de comunicación del siniestro a la aseguradora, y la responsabilidad civil subsidiaria de la "Asociación española de víctimas de delitos violentos, terrorismo y violencia de género.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, por medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación".

**TERCERO.-** Con fecha 18 de marzo de 2019 la Sección Segunda de dicha Audiencia dictó Auto aclaratorio cuya Parte Dispositiva es la siguiente:

"Que debemos rectificar y rectificamos nuestra sentencia de 31/01/2019, dictada en la presente causa, en el sentido de declarar la responsabilidad civil directa de "Caser S.A.", con respecto al pago de la suma declarada en concepto de responsabilidad civil derivada del delito, hasta el límite cuantitativo pactado fijado en el contrato (17.000 euros), manteniéndose el resto de los pronunciamientos

Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados.

Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente a la notificación de la presente"

**CUARTO.-**Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos en nombre de Sabino y la Asociación Española de Víctimas de delitos violentos, terrorismo y violencia de género.**

**Motivo primero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 109 a 115 CP, en relación con los arts. 248, 250.1.4º y 5º del mismo texto legal. **Motivo segundo.-** Por infracción de



ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de las pruebas. **Motivo tercero.**- Por vulneración de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por infracción del art. 24 CE (presunción de inocencia). **Motivo cuarto.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1 LECrim. **Motivo quinto.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECrim.

**QUINTO.**- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Juan Luis igualmente los impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.**- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 5 de octubre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El recurso, de extensión insólita -podría catalogarse sin exageración de desmesurada (¡trescientas cincuenta y nueve páginas! que desarrollan seis motivos)-, da vueltas y más vueltas, a unas pocas ideas reiteradas en cada uno de los motivos; a veces, desde diferentes perspectivas; otras, incluso, con idénticas palabras. El lector se topa con los mismos párrafos repetidos -¡clonados! - hasta en más de media docena de pasajes dispersos del desarrollo impugnativo. Se intercalan textos doctrinales completos, sin poda alguna, comentando desde ángulos no siempre cercanos al supuesto aspectos de la tipicidad del delito de estafa por la que el acusado ha sido condenado, incluyéndose tanto indicación del autor como el índice íntegro. Quizás ha podido despistar la expresión *fundamentos doctrinales* ( art. 874 LECrim) que en la ley adquiere una significación (*doctrinal legal*), propia de la época en que fue redactada y no coincidente con el entendimiento usual hoy. Tanto el recurso como la contestación ulterior a las alegaciones de las partes recurridas traslucen esfuerzo y dedicación (aunque quizás no bien enfocados y, desde luego, no ajustados al rigor de la casación), así como ciertas dosis de pasión y vehemencia, que pueden ser buenas compañeras del ejercicio del derecho de defensa, y -lo que que es menos plausible- algún recurso a la ironía que roza el sarcasmo. Se comprenden más cuando quien ha asumido la dirección técnica de la defensa como letrado es a la vez la parte material. Es su propia condena penal lo que está ventilándose.

Pero, sea como sea, y pudiendo por ello disculparse el exceso reiterativo y la dimensión poco común, es pauta metódica elemental entresacar lo que son los componentes nucleares del esquema impugnativo -que se reducen a pocas cuestiones y fundamentalmente fácticas- para darles contestación; eludiendo temáticas o debates superfluos porque nadie los discute: que se firmó una hoja de encargo, que los trabajos de los letrados por regla general son y han de ser retribuidos, que el recurrente asumió determinadas tareas por cuenta del perjudicado, el contenido estatutario que regula las relaciones del abogado con sus clientes, qué exige una estafa, y muchos otros puntos en cuya exposición y explicación el recurso invierte muchas páginas con consideraciones que, salvo algunos detalle nimios o matices sin importancia, podemos suscribir íntegramente y en lo que -es de suponer fundadamente- también concordarían el Tribunal de instancia, y las dos partes recurridas.

La mayor parte de los razonamientos jurídicos del recurso -si no todos- adoptan como presupuesto una realidad fáctica esencialmente diferente a la que proclama probada la sentencia.

El recurrente sostiene que el perjudicado le encomendó por iniciativa propia unas tareas profesionales como abogado relacionadas con el asesinato de su madre, firmándose la correspondiente hoja de encargo profesional pactando unas retribuciones que el acusado pudo percibir, aunque no íntegramente, imputando al cobro de ese débito la cantidad ingresada a su representado como indemnización a cargo del Estado otorgada en virtud de la legislación de protección de víctimas de delitos dolosos. Tanto la gestión de esa ayuda en vía administrativa como la defensa de sus intereses como acusación particular en el proceso penal seguido fueron correctamente ejercidas por el recurrente que, por tanto, se habría limitado a desarrollar su tarea profesional sin tacha alguna y a percibir por ella la justa y pactada remuneración.

Si esa fuese la realidad nada habría que objetar a ninguna de las consideraciones que el recurrente machaconamente vierte en su recurso, insistiendo en ideas que repite sin descanso y con largos meandros argumentativos que no aportan gran cosa en tanto parecen querer convencer de lo que, al ser obvio, no necesita de argumentación. Tampoco podría oponerse nada a la conclusión que extrae: no habría atisbo alguno ni de estafa, ni de ningún otro tipo penal (aunque habría que hacer algunas modulaciones para descartar la apropiación indebida, cuyos requisitos típicos tampoco quedarían íntegramente colmados). ¡Claro que la asunción de la versión fáctica que propone el recurrente llevaría a la absolución! No se exige el más mínimo esfuerzo para concluir que no estaríamos ante una estafa. Tres renglones bastarían para motivar sobradamente la absolución. Toda argumentación que sobrepasase esas dimensiones, se adentraría en lo innecesario, si no superfluo. Podríamos decir con el recurrente que su actuación fue intachable (quizás con



alguna matización derivada de la no del todo ortodoxa forma en que, según su versión, se cobró los honorarios debidos). En otro caso -exceso en el monto-, estaríamos ante un problema estrictamente civil.

La estimación de que ese relato era una hipótesis factible y no descartable es con toda seguridad lo que llevaría en un momento de la instrucción a decretar un sobreseimiento que, sin embargo, fue revocado en tanto la Audiencia entendió que había elementos suficientes para profundizar en una investigación apenas desarrollada, para un mejor esclarecimiento de los hechos, lo que convertía en prematura y precipitada la decisión de archivo. El curso posterior de la causa ha puesto de manifiesto que no erró la Audiencia. Un sobreseimiento dejado sin efecto no es argumento que por sí solo pueda aducirse contra la condena posterior. Sostener lo contrario sería ignorar el régimen de recursos de autos del Instructor. Está implantado para corregir y privar de eficacia a decisiones que el órgano superior reputa improcedentes y que, ya revocadas, no pueden ser rescatadas extemporáneamente; menos aún para dotarlas de una autoridad superior a la sentencia recaída tras un juicio oral (¡!).

La Audiencia, considera acreditada una secuencia coincidente en muchos datos objetivos -que ni niega ni se pueden negar-, pero radicalmente distinta en puntos esenciales. Afirma que fue el acusado quien se dirigió al hijo de la asesinada buscándolo específicamente pese a que eso implicaba desplazarse a una ciudad no próxima; quien consiguió contactar con él y se le ofreció para asistirle gratuitamente en todas las gestiones y asesoramiento y tareas profesionales como letrado actuando por cuenta de una Asociación sin ánimo de lucro constituida para asistir a las víctimas, entre otros, de ese tipo de delitos (violencia de género); quien le hizo firmar sin darle cumplidas explicaciones todo tipo de documentos en diferentes ocasiones, sin que el perjudicado, por razón de su formación más limitada, confianza que había conseguido ganarse el acusado, y estado precario y de afectación por el trágico fallecimiento de su madre, llegase a captar o intuir a qué obedecía cada documento que firmaba, ni a conocer que le había sido concedida una suma, muy elevada para su situación económica, como consecuencia de su condición de víctima. La Audiencia considera acreditado, por fin, que el acusado a través de un mecanismo artificioso que no se explica más que por la voluntad de hacer propia la ayuda económica sin que el beneficiario llegase a ser consciente de ello -apertura de una cuenta con firma mancomunada-, consiguió su propósito de distraer esa cantidad ligeramente superior a los cincuenta mil euros, imputándolos a una retribución por trabajos efectivamente realizados -gestión administrativa de la indemnización y actuación como acusación particular en el proceso penal- pero que le fueron encomendados por la falsa promesa de que se trataba de asesoramiento y ayuda gratuitos.

Esa es la versión de la que debemos partir en casación *a priori*. Es intocable por la vía del art. 849.1º LECrim, precepto que solo permite corregir la subsunción jurídica, es decir, comprobar si ese relato encaja en el tipo del art. 248 y 250. Como veremos, se acopla perfectamente (engañar haciendo creer que la actuación va a ser gratuita para conseguir un desplazamiento patrimonial en propio beneficio y no consentido por el legítimo titular de la cantidad).

Para modificar esos hechos probados la casación pone a disposición del impugnante dos únicas herramientas: el motivo por *error facti* del art. 849.2º LECrim; o la presunción constitucional de inocencia articulable a través del art. 852 de la citada Ley Procesal. Ambos cauces son explorados por el recurrente. Antes que nada hay que examinar esas dos vías usadas. Si fracasan caerá sin necesidad de otros aditamentos explicativos el denso y abundante aparato argumental teórico del recurso: sería congruente con unos hechos probados modificados en la línea postulada en el recurso; pero no guarda armonía alguna con la secuencia fáctica que la sentencia declara ajustada a la realidad. No se trata de comprobar si la actuación profesional fue más o menos correcta (incluso es indiferente que fuese *a fortiori* brillantísima); ni de valorar si los honorarios cuantificados eran proporcionados; sino de dilucidar si el acusado se hizo con esa cantidad engañando a su cliente a quien había convencido de que no iba a costarle nada su actuación y ocultándole que se había apropiado de una indemnización que correspondía a aquél (es suponer que la condena incluiría las costas de la acusación particular: con la misma facilidad con que el recurrente aduce una y otra vez que obtuvo una indemnización de 210.000 euros en favor de su cliente y que en la ejecutoria deberá serle satisfecha; se le puede replicar que también sus honorarios debiera cargarlos a la parte condenada en costas)

La promiscuidad alegatoria que caracteriza todo el recurso no hace fácil diferenciar cada motivo. En la ley están concebidos como compartimentos casi estancos (principio de unidad de alegaciones: cada queja, un motivo); cada uno cuenta con su propia disciplina (el art. 849.1º no permite argumentar al margen de los hechos probados; el art. 849.2º exige designar unos particulares concretos de una prueba documental para impetrar una concreta modificación del hecho probado; el art. 851 es ajeno al debate de cuestiones probatorias: solo defectos internos de la sentencia, etc...). Los seis motivos que suscita el recurrente, sin embargo, inciden en reiteraciones, amontonan quejas diferenciables y, muchas veces, contienen idénticas pretensiones que afloran en diversos motivos pese a no ser congruentes con el correspondiente encabezamiento. Tendremos que reordenar esas alegaciones para dar una correcta respuesta; analizando primeramente en la medida en



que lo permite la casación (art. 849.2º y presunción de inocencia) los temas probatorios, con independencia del formato casacional con que son presentados (alegatos de esa naturaleza encontramos a lo largo de todos y cada uno de los motivos), así como las vertidas a modo de *prólogo*, epígrafe poco compatible con la ortodoxia procesal.

**SEGUNDO.-** El motivo segundo se desarrolla bajo el paraguas del art. 849.2º LECrim, pero con desprecio -probablemente inconsciente- de su estricta disciplina legal. Queda convertido de forma manifiestamente improcedente en plataforma desde la que se discute en su integridad la valoración probatoria realizada en la instancia, sin la más mínima limitación y sin importarle el tipo de prueba -documental, testifical, indiciaria- en que se basa cada aseveración del Tribunal *a quo*. El esfuerzo invertido corre parejo a su esterilidad.

El uso -abusol- del art. 849.2 LECrim es tan frecuente, como infrecuente su manejo correcto ( SSTS 368/2018, de 18 de julio o 592/2021, de 2 de julio ó 685/2021, de 15 de septiembre). Este recurso constituye una muestra más de esa afirmación que no puede sorprender a nadie familiarizado con la casación.

Esa constatable realidad -porcentaje bajísimo de estimación de motivos fundados en el art. 849.2º LECrim- encuentra cierta explicación en el contraste entre el enunciado legal del motivo ( *error en la valoración de la prueba*), muy atractivo y capaz de seducir al profesional disconforme con el juicio fáctico realizado por el Tribunal en la instancia; con su rígida disciplina procesal plagada de exigencias y condicionantes que conforman un terreno bien abonado para provocar no pocos *tropezones* en quienes exploran esa vía. No tiene cabida en el art. 849.2º cualquier divergencia en la valoración probatoria como podría sugerir su enunciado y como se entiende tantas veces (en el recurso late esa errada concepción); solo la que venga apuntalada por prueba estrictamente documental, es decir, que pueda apoyarse en un documento. Y no en cualquier documento; sino solo en un documento literosuficiente, es decir que demuestre directamente por sí, sin posibilidad de duda alguna, lo que se quiere probar. *Item* más, no basta que el documento sea *literosuficiente*. Hay que verificar que ningún otro elemento probatorio -sea del tipo que sea- desmiente o contradice lo que asevera el documento. Superados todos esos obstáculos resta, aún, un último control -que es el que en mayor medida flaquea aquí-: es necesario bien que lo que acredite el documento por sí haya sido rechazado por el Tribunal y modifique el juicio jurídico; bien que la aseveración que se trata de introducir en el hecho probado -que debe ser identificada- sea justamente lo que acredita el documento, y no una deducción a la que se llega a través de valoraciones, más o menos racionales, pero que no repelen interpretaciones alternativas.

El motivo que ahora analizamos incurre en varios de los habituales distorsionados enfoques del art. 849.2º LECrim.

Para alcanzar esa conclusión basta consignar la designación de documentos (que no de particulares como sería también exigible: arts 855 y 884.4º LECrim) que se hace en el recurso para enmarcar (¿o desenmarcar?) el motivo:

"2º.- INFRACCIÓN DE LEY, (folio 127), por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECrim, al entender que existe error de hecho en la apreciación de la prueba.

Según lo previsto en el artículo 855 LECrim los particulares de los documentos que muestran el error en la apreciación de la prueba son los siguientes:

La grabación del acto del juicio oral 24.01.19 y, además, las siguientes:

PRUEBA DE CARGO.-

- 1.- Denuncia 03.04.14 - F.5
- 2.- Designación que aporta denunciante - F.9
- 3.- Documentación a remitir - F.10
- 4.- Poder 28.04.2009 - F.11 a 15
- 5.- Solicitud testimonio certificado médico - F.16
- 6.- Ayuda provisional 13.12.10 - F.17 a 22
- 7.- Ayuda definitiva 20.09.11 - F.23 a 28
- 8.- Apertura libreta Bancaja - F.29
- 9.- Movimiento libreta Bancaja - F.30
- 10.- Sección Historia [www.victimasdeltitos.com](http://www.victimasdeltitos.com) - F.31
- 11.- Sección Ayudas [www.victimasdeltitos.com](http://www.victimasdeltitos.com) - F.32



- 12.- www.networksolutions.com/whois - F.33
  - 13.- Resumen ejecutivo 28.11.13 - F.34 y 35
  - 14.- Plano - F.36
  - 15.- Resumen ejecutivo 28.11.3 - F.37
  - 16.- Plano - F.38
  - 17.- Boe 04.07.13 - F.39
  - 18.- Declaración judicial 17.09.14 - Juan Luis - F.205 a 207
  - 19.- Contrato de cesión de vivienda 13.05.2009 - F.217
  - 20.- Ayuda económica 360.-€ - F.222
  - 21.- Apertura de libreta - F.248
  - 22.- Declaración judicial 10.02.15 - Debora - F.265
  - 23.- Declaración judicial 10.02.15 - Sabina - F.268
  - 24.- Declaración judicial 13.09.16 - Elvira - F.76 T.II
  - 25.- Declaración judicial 15.11.16 - Macarena - F.106 T.II
- PRUEBA DE DESCARGO.-
- 1.- Sentencia nº 305/2010 de 16.07.10 - F.62 a 91
  - 2.- Diligencia Ordenación 28.02.14 - F.138 ( Juan Luis está cobrando la indemnización de 210.000.-€)
  - 3.- Mandamiento de pago 03.03.14 - F.142
  - 4.- Escrito de Juan Luis 11.03.14 revocando poder a Don Sabino - F.147
  - 5.- Diligencia Ordenación 26.08.14 - entrega parcial indemnización a Juan Luis - F. 150
  - 6.- Declaración 05.09.14 de Don Sabino como investigado - F.159 a 161
  - 7.- Escrito 05.09.14 de Don Sabino como investigado - F.162 a 167
  - 8.- Carta de Sabina - F.184
  - 9.- Designación FIRMADA por Juan Luis 30.09.09 - F.185
  - 10.- Personación del Letrado en Juzgado - F.186
  - 11.- Mail Mauricio - F.187
  - 12.- Buofax 02.12.13 - F.188 a 190
  - 13.- Nota de Encargo Profesional 18.03.10 - F.191
  - 14.- Certificación ICAM 26.08.14 - F.192
  - 15.- Nota simple Zimasneo SL 11.09.14 - F.196
  - 16.- Resguardo de admisión, copia del texto del buofax y acuse de recibo - F.251
  - 17.- Informe pericial caligráfico 24.04.15 realizado por D.<sup>a</sup> Victoria en el que concluye que la firma en el apartado cliente de la hoja de encargo al F.191 es auténtica de su titular Juan Luis - F.285 a 293
  - 18.- Acta 09.07.15 de ratificación y aclaración judicial del informe pericial caligráfico redactado por Doña Victoria - F.338 y DVD
  - 19.- AUTO 03.09.2015 DE SOBRESIMIENTO PROVISIONAL DICTADO POR EL ILMO. SR. MAGISTRADO JUEZ DON MANUEL ALEIS LÓPEZ - F.354
  - 20.- IMPUGNACIÓN FISCAL 24.09.2015 contra el recurso de reforma presentado por Juan Luis . Firmado por el Fiscal Ilmo. Sr. M. Benedito - F.387
  - 21.- AUTO 05.10.2015 DESESTIMA RECURSO DE REFORMA DICTADO POR EL ILMO. SR. MAGISTRADO JUEZ DON MANUEL ALEIS LÓPEZ - F.388
  - 22.- Acta del Juicio Oral 15.07.10 - F.35 T.II





- 23.- Informe pericial caligráfico 24.10.16 realizado por D.<sup>a</sup> Victoria en el que concluye que el documento manuscrito ha sido realizado por Juan Luis - F.89 a 100 T.II
- 24.- Documentos acompañados al escrito de defensa -
- 25.- Expediente administrativo para la concesión de ayudas por el Ministerio de Hacienda a Juan Luis como víctima indirecta por el fallecimiento de su madre - Pieza Separada
- 25.- Estatutos y Acta fundacional de la Asociación española de víctimas de delitos violentos terrorismo y violencia de género - Rollo de Sala
- 26.- Información de titularidad bancaria a nombre de Debora - Rollo de Sala
- 27.- Expediente administrativo de reconocimiento de pensión de orfandad a Juan Luis por el Instituto Nacional de la Seguridad Social 13.11.18 - Rollo de Sala F.199
- 28.- Certificado 16.01.19 del Letrado de la Administración de Justicia con los pagos a Juan Luis por la indemnización por responsabilidad civil en virtud de sentencia 16.07.10 - Rollo de Sala
- 29.- Documento nº 4 a 11 de los aportados por la defensa en el acto del juicio oral 24.01.19 - Rollo de Sala
- 30.- DVD del acto del juicio oral 24.01.19 - Rollo de Sala".

Es tan obvio que no es eso lo que reclaman los arts. 849.2º y 855 LECrim, que se hace evidente que la perspectiva está completamente desenfocada. Ese larguísimo listado supone invocar toda la causa y toda la prueba, toda la documental y toda la testifical.

Por un lado, tomando como punto de arranque unas pruebas documentales, cuyo contenido en lo esencial es plenamente aceptado por el Tribunal de instancia, se enjareta un razonamiento que, pudiendo ser lógico, no es el único posible y compatible con esos documentos. Se pretende concluir que algunas de las afirmaciones fácticas que el Tribunal da como probadas no son razonables; no porque sean incompatibles con lo que demuestran por sí los documentos; sino porque no lo son con las deducciones -no necesariamente asumibles- a que voluntariamente se quiere llegar. Ese esquema argumental no es respetuoso con el diseño del art. 849.2º. Sí podría, empero, examinarse desde la óptica de la presunción de inocencia, sin perjuicio de otras limitaciones presentes en ese otro cauce (motivo primero) vinculadas a la naturaleza de la casación y al principio de inmediación.

**TERCERO.-** Quizás el único punto que podría tener alguna *chance* por esta vía es la queja basada en la no consignación en el *factum* de los trabajos profesionales llevados a cabo por el letrado (gestión de la ayuda, asistencia en el proceso penal abierto actuando como acusación particular incluida la intervención en el juicio oral). Son realidades con apoyo documental. Ningún elemento de prueba de otro orden milita en contra: todos los testimonios y documentos concuerdan en ese punto.

No es *incongruencia omisiva* esa carencia del *factum*. Sería la omisión improcedente de un hecho probado documentalmente; algo bien distinto del motivo previsto en el art. 851.3º LECrim

Pero no es cierto que la sentencia niegue esa realidad. La fundamentación jurídica la da por supuesta en tanto se construye con un esquema argumental en el que carecen de trascendencia esas cuestiones. No se condena porque no se despliegue ningún trabajo. Se conviene que, en efecto, fue así. Es más, el hecho probado, aunque no lo detalla quizás como hubiera querido el recurrente (y no lo hace porque no aporta nada a efectos de la valoración jurídica), alude a la intervención en el juicio oral como letrado, da por supuesta su condición de abogado representando los intereses del perjudicado en el proceso penal y recoge cómo se encargó de gestionar las ayudas recibidas. No son datos ignorados: están aceptados por la sentencia. Pero no aportan nada en orden a la subsunción jurídica. Se podrían expresar de forma mucho más detallada en el hecho probado sin que hubiese que variar ni un ápice ni la fundamentación jurídica ni, menos aún, la parte dispositiva.

**El motivo basado en el art. 849.2º LECrim . no puede tener éxito.**

**CUARTO.-** El motivo tercero invoca tanto la presunción de inocencia como el principio *in dubio*.

Es bajo este formato -presunción de inocencia- donde encajarían con mayor naturalidad los largos alegatos volcados en los dos primeros motivos. No, en cambio en el principio *in dubio*, al menos en la forma en que es invocado. En casación tal principio solo opera en su vertiente normativa -imposibilidad de condenar si el Tribunal tiene dudas-. Solo permite casar la sentencia si la Audiencia ha emitido un pronunciamiento de culpabilidad pese a carecer de certeza. Ese principio no obliga a dudar, cuando no se ha dudado; ni sitúa a este Tribunal en la tesitura de plantearse si él hubiera tenido dudas, en cuanto no le corresponde una valoración global del material probatorio.



Por su parte, la presunción de inocencia nos obliga a verificar si la condena se funda en material probatorio en abstracto suficiente; pero no habilita para un replanteamiento íntegro de todos los matices y aspectos de la valoración probatoria. Su alcance es más limitado (por todas, STS 592/2021, de 2 de julio).

El recurrente nos emplaza a una revaloración completa de toda la prueba, queriendo privar de credibilidad a los testimonios que militan en su contra y sobre los que apoya la Audiencia sus razonamientos convincentes y suasorios: las declaraciones de la víctima que le han merecido crédito, las de su novia y las de la procuradora (ningún motivo podría tener ésta para no decir la verdad). Combinadas, permiten dotar de soporte probatorio a la afirmación inculpativa básica: que el recurrente engañó al perjudicado haciéndole creer que su intervención sería gratuita. La versión de la procuradora avala en ese punto las manifestaciones persistentes de la víctima. Que ésta negase inicialmente haber firmado la hoja de encargo, lejos de descartar su versión, sirve también para corroborarla: es compatible con el hecho de no haber recibido información, como aduce, sobre lo que el recurrente le iba haciendo firmar. Si de verdad hubiera sido consciente de haber rubricado esa nota lo habría admitido, ante la certeza de que eso inevitablemente habría de descubrirse pericialmente, y hubiese pergeñado otra versión.

Sea como sea, no nos corresponde volver a valorar la prueba testifical; únicamente constatar que la valoración hecha por la Audiencia es coherente. Además, encaja bien con otros datos que avalan esa versión: la creación de una cuenta de la que podía disponer el recurrente y de cuyos movimientos solo él recibía noticia, el silencio ante la percepción de la cantidad que le había sido otorgada como ayuda, así como las manifestaciones de la pareja y de la otra profesional que asumió gratuitamente la representación procesal.

Enseña la STC 33/2015, de 2 de marzo, en continuidad con cientos de precedentes, que la **presunción de inocencia**, además de ser criterio informador del ordenamiento procesal penal, es un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de un delito no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria que solo procederá cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo. Reitera así, de forma abreviada, una doctrina tan añeja como consolidada.

No basta negar la propia responsabilidad penal para que deba prevalecer la presunción de inocencia. Esto es una obviedad. Frente al razonamiento fundado y convincente de la Sala explicando su valoración del material probatorio, básicamente testifical, no puede abrirse paso en casación el tipo de argumentación que intenta el recurrente que en último término pretende dotar de mayor credibilidad a su propia versión interesada frente a la de los testigos indicados, cuyas declaraciones, armonizables y congruentes entre ellas, han servido de soporte a la convicción de la Audiencia. No es la casación marco propicio para una revaloración de esas declaraciones personales para lo que, además, es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014: la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia).

La frecuente y reiterativa transcripción en el recurso de fragmentos de las declaraciones de testigos es muestra elocuente de que se busca situar a este Tribunal en un lugar procesal que no le corresponde legalmente: o en la instancia -para volver a valorar la prueba personal-; o, en todo caso, como si fuese un Tribunal de apelación que goza de mayores facultades para esa revisión probatoria. En casación los márgenes son más estrechos. Y, desde luego, las divergencias de matiz, en temas accesorios y en absoluto esenciales entre dos testigos que declaran pasados varios años no es razón para descalificar sin más sus versiones coincidentes en todo lo sustancial y congruentes con el contexto acreditado por elementos objetivos no negados; amén de que la conclusión del recurrente de que existió una contradicción en lo relativo a la entrada o no a la oficina bancaria de la testigo está construida de forma un tanto artificiosa y haciendo decir a la testigo cosas que realmente no dijo taxativamente.

En otro orden de cosas, empeñarse en extraer del término *facturar* usado en un escrito por una de las testigos, en contra de sus expresas, claras, verosímiles y en absoluto interesadas manifestaciones, unas consecuencias abiertamente contrarias a ellas es ejercicio dialéctico condenado al fracaso. Como lo es intentar demostrar que el hecho de conocer el idioma español, saber leer o no haber estado sometido a tratamiento médico o psiquiátrico, dejan sin base la afirmación de la escasa formación del perjudicado o su estado depresivo a consecuencia del fallecimiento de su madre en circunstancias particularmente dolorosas.

El argumento que gira en torno a la percepción por el perjudicado de los pagos hechos a cuenta de la indemnización acordada a su favor roza el sarcasmo. Examinados los folios 239 y siguientes del rollo de Sala donde figuran esos particulares testimoniados de la causa principal, se evidencia que, con unos pagos periódicos de 40 euros mensuales, no va a ser muy fácil lograr la efectividad de esa indemnización. El dinero abonado hasta diciembre de 2018 asciende a 2.530 euros: no alcanza ni siquiera a cubrir los intereses. El principal adeudado sigue siendo de 210.000 euros.



La lectura del fundamento de derecho segundo de la sentencia, que contiene una exquisita motivación fáctica, evidencia que el Tribunal de instancia contó con pruebas sólidas (fundamentalmente testificales), que guardan armonía con otra serie de elementos documentales e indiciarios que las refuerzan, para fundar todas y cada una de las circunstancias que refleja el relato de hechos probados. No permite la casación ir más lejos de lo que es la constatación de que existió prueba de cargo y que fue valorada de forma racional y lógica por el Tribunal sin que aparezcan fisuras o saltos injustificados o deducciones débiles o poco concluyentes en su hilo argumental. Las manifestaciones del testigo principal se ven refrendadas por otras testificales, y por datos objetivos (domiciliación de las notificaciones, no comunicación de la ayuda percibida, manifestaciones de otros testigos sobre su nivel cultural e inseguridad, etc...).

No hay razones para reputar incompatible con los escasos contactos entre recurrente y perjudicado la confianza que la sentencia aprecia en éste: esa confianza -que no significa en este contexto intimidación ni relaciones estrechas, sino sencillamente fiarse y abandonar los propios intereses a otra persona- se puede ganar en una entrevista, cuando se acude a ella con la pretensión de convencer al interlocutor de que se puede fiar de sus buenas intenciones y de su voluntad altruista y de ayuda. Desde luego que ese abuso de confianza, por ser el propio de toda estafa, no autoriza a apreciar la agravación singular del art. 250 (bien rechazada por la Sala pese a reclamarla la acusación particular). Pero a nadie se le ocurre pensar que ese defraudar la confianza ajena característico de la estafa solo pueda aparecer entre personas que tienen entre sí continuas y estrechas relaciones.

**QUINTO.-** Quedan así rebatidos todos los argumentos que alimentan la divergencia probatoria. Pero para dar contestación a todas y cada una de las quejas que se agolpan sin orden claro y se reiteran en diversos motivos se hace necesario entresacar del motivo segundo varias alegaciones escondidas en su desarrollo y que gozan de autonomía.

Se dedican unos párrafos a protestar por el monto de la cuota de multa. En esa materia no rige la presunción de inocencia. Esta es premisa básica.

La sentencia contiene una motivación *ad hoc* sobre ese extremo que va más lejos de la pura y desnuda decisión.

En alguna ocasión ( STS 699/2016, de 9 de septiembre), ha llegado a decir la jurisprudencia que "*si la cuota tiene un máximo de 400 euros, moverse en una franja tan inferior (y se contemplaba en ese precedente una cuota justamente de 10 euros) disculpa de consignar unas razones que, por evidentes, saltan a la vista. Se ha superado en ocho euros el mínimo, cuando podía haberse superado en 398 euros.*

*No siendo una exigente la pobreza,-se argumenta- también los indigentes pueden ser merecedores de una pena de multa. Habrá que reservar para esos casos los tramos mínimos de cuota evitando la injusticia de equiparar situaciones económicas muy diferentes".*

Razonaba en el mismo sentido la STS 847/2007, de 18 de octubre tras desvelar datos dimanantes de las diligencias (uso de un coche, profesión...) que desmentían que se estuviese ante un indigente: "Recordamos que el art. 50.5 CP nos ordena para esa determinación tener en cuenta "exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo". Cuando, como aquí ocurre, la sentencia recurrida nada nos dice sobre el porqué de esa cuota de 12 euros, no nos queda otra opción que examinar las diligencias practicadas para buscar datos objetivos que nos permitan llegar a conocer las razones tenidas en cuenta para tal determinación".

La profesión del recurrente y los datos recogidos en su motivación por la Audiencia demuestran que no estamos, ni de lejos, ante un indigente.

"La sanción pecuniaria, ajena a la anterior motivación, sí se fija en nueve meses, esto es, en la mitad del marco penal, con una cuota diaria de 10 euros. No creemos que se pueda fijar una cuota inferior a la indicada, situada en la parte inferior del último tramo de los diez tramos en que puede dividirse el marco cuantitativo establecido en el art. 50.4 del C.P. Aunque el acusado pretende hacer creer; que carece por completo de ingresos (y así, ha conseguido el que le sea reconocido el beneficio de justicia gratuita en la presente causa), no es eso lo que resulta de la disponibilidad económica que puede razonablemente inferirse de las circunstancias conocidas en la presente causa (disponibilidad económica que le permite mantener un despacho abierto fuera del domicilio familiar, con teléfono, fax, etc., y constituir diversas sociedades mercantiles; sin que conste que tenga responsabilidades familiares). La cuota diaria fijada está dentro de los límites de la llamada cuota "residual o subsidiaria", aplicable en la práctica forense en relación con aquellas personas en relación con las cuales no se ha determinado cumplidamente cuál sea su exacta situación económico-patrimonial, pero sí pueda afirmarse en relación con ellas que no se encuentran en una situación de indigencia o de extrema penuria económica. Hace mucho tiempo que en la doctrina jurisprudencial está netamente superado el planteamiento, tan simplista como poco reflexivo, mantenido por algunos operadores jurídicos en los primeros años de la



vigencia del C.P. de 1995, según el cual debía aplicarse la cuota absolutamente mínima de 2 euros en los casos en que no se hubiera acreditado cumplidamente la situación económico-patrimonial de la persona penada".

**SEXTO.-** En cuanto a la responsabilidad civil de la Asociación recurrente no hay obstáculo alguno para afirmarla. Más allá de que el acusado interviniese como profesional libre es claro que manifestó actuar por cuenta de esa Asociación que presidía. Concurre el presupuesto que justifica la aplicación del art. 120 CP. Es presumible, por otra parte, que nada realmente significativo en la práctica supone ese pronunciamiento.

La Asociación ha sido parte. Y su condena como responsable civil subsidiaria es correcta.

En cuanto a la otra sociedad, en nada se ve afectada por el pronunciamiento de la sentencia. O carece de legitimación el recurrente para actuar en defensa de sus intereses que no se ven ni de lejos afectados por la sentencia; o, si se conviene en que es de su exclusiva titularidad habrá que concluir, mediante la vieja técnica del levantamiento del velo, que la condena del recurrente en los aspectos civiles basta. Si el recurrente piensa que debía haber sido también traída al proceso y condenada esa entidad, podrá repetir frente a ella (lo que parece que sería repetir contra sí mismo) en el procedimiento correspondiente. Pero un responsable penal no está legitimado para ejercer acciones civiles en el proceso penal.

**SÉPTIMO.-** También en sede de presunción de inocencia se cuestiona la competencia. La institución de la sumisión invocada carece de toda virtualidad en el ámbito penal.

En cuanto a la queja por la supuestamente deficitaria información de derechos sorprende ¡Es abogado! Una cosa es que no se consigne en el acta la mención cansina de cada uno de esos derechos y otra que no se informe de ellos. La contestación de la sentencia es asumible. No parece que sea suponer demasiado que no se le informó del derecho a la vivienda ni del derecho a acceder a cargo público. No es una deducción extravagante pensar que en un juzgado de Instrucción se le supo informar de los derechos a que alude el art. 118 LECrim -y discúlpese la ironía de la que también hace gala en varios pasajes de su escrito del recurrente-. De admitirse esa poco creíble hipótesis (declaró sin conocer sus derechos procesales como imputado) la única consecuencia sería prescindir de esa declaración como medio probatorio. Y es claro que la condena no se apoya en ella para nada. Sería prescindible.

Se queja, por otra parte, de falta de traslados de actuaciones procesales y resoluciones en la instrucción. También aquí es asumible la contestación de la sentencia. No hizo el recurrente el más mínimo esfuerzo por subsanar esos eventuales déficits en los momentos de que ha dispuesto (notificación del auto de transformación). Ahora tampoco insinúa ni siquiera qué tipo de indefensión le pudiera haber generado esa ausencia de traslado de algunas actuaciones en la fase de instrucción. ¿Quiere el recurrente convertir esa deficiencia en motivo de absolución? O ¿la respuesta al motivo habría de consistir en anular para notificar esas actuaciones? Esto último carece de todo sentido.

Que el traslado a las acusaciones por los escritos de calificación debiera ser simultáneo y haya sido, en cambio, sucesivo es irregularidad procesal frecuente en la práctica por razones operativas, pero sin alcance alguno.

**OCTAVO.-** El motivo cuarto constituye una reiteración desordenada de alegatos ya efectuados, aunque presentados ahora con una etiquetación abiertamente desenfocada: quebrantamiento de forma del art. 851: contradicción, predeterminación, falta de claridad, incongruencia omisiva.

Lo que se denuncia nada tiene que ver con esos vicios casacionales. Su carencia de fundamento es patente: se desvirtúa el sentido auténtico de cada uno de esos diferentes motivos de casación invocados haciendo circular por ellos quejas ajenas a su naturaleza y que vuelven sobre discursos ya refutados. Al final nos encontramos con un encabezamiento que sirve fundamentalmente para agolpar *cortaypegas* de motivos anteriores o posteriores.

**a)** El art. 851.1 LECrim no autoriza a discutir la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para introducir como hechos probados lo que aquélla no tuvo por tales; ni es camino idóneo para ampliar el relato fáctico con hechos irrelevantes desde el punto de vista de la subsunción jurídica y no discutidos. Ninguna de las pretensiones del recurrente se acomoda a la naturaleza de estos motivos casacionales. Muchas representan intentos desenfocados de reproducir alegatos blandidos al hilo de otros motivos. Ningún encaje tiene ese alegato en el vicio casacional invocado que exige identificar una contradicción interna del propio hecho probado; es decir, que el relato fáctico contenga aseveraciones incompatibles entre sí. No es este cauce apto para volver sobre apreciaciones probatorias que parece ser lo pretendido por el recurrente.

**b)** El vicio de predeterminación ( art. 851.1 LECrim) sanciona el uso de términos jurídico-técnicos, pero no cualquier otro empleo del lenguaje, imprescindible para efectuar un relato que, por necesidad, ha de condicionar el fallo. Es de esencia del hecho probado predeterminar la valoración jurídica y la parte dispositiva. No se



identifican en el *factum* términos estrictamente jurídicos que es lo censurado por el art. 851.1 LECrim. Y, de hecho el recurrente renuncia a enlazar con este enunciado ningún alegato específico.

c) La redacción del *factum* no genera dificultad de entendimiento alguno. El art. 851.1 LECrim exige un defecto inmanente al hecho probado; no en relación con la prueba practicada.

d) Incongruencia omisiva es bandera también enarbolada en el encabezamiento pero sin que se alcance a descubrir en el desarrollo del motivo algo que tenga que ver, aunque sea lejanamente, con el motivo de casación enunciado en el art. 851.3 LECrim.

**NOVENO.-** El motivo quinto, de desarrollo exiguo en contraste con los anteriores, carece de contenido.

En cuanto a la franquicia del seguro, no solo es tema ajeno, en principio, a los intereses del recurrente, sino sobre todo está zanjado mediante un auto de aclaración. No se entiende bien cuál pueda ser la queja que se hace, y menos su engarce con un motivo por incongruencia omisiva.

Como se ha tenido ocasión de expresar en páginas anteriores tampoco es *incongruencia omisiva* la omisión en el hecho probado de elementos que al recurrente le hubiese gustado ver relatados con mayor detalle, pero que no solo están mencionados, sino que se dan por supuestos y que carecen de trascendencia jurídico penal *in casu*.

**El motivo fenece igualmente.**

**DÉCIMO.-** El primer motivo de casación pese a encauzarse a través del art. 849.1º LECrim que exige como presupuesto el más exquisito respeto al hecho probado (*dados los hechos que se declaren probados* reza el precepto), son pena de inadmisión (art. 884.3º LECrim), constituye una enmienda a la totalidad de la valoración probatoria realizada en la instancia. Ya hemos tenido en cuenta todos los argumentos de naturaleza probatoria al analizar motivos posteriores. Ninguno de esos argumentos tiene aptitud para lograr reescribir en casación el *factum* adecuándolo a la interesada versión de los hechos sostenida por el impugnante.

Es correcto sostener que desde la hipótesis blandida como real por la defensa no habría estafa, ni dolo, ni ánimo de lucro injusto...: tan solo la percepción de unos honorarios debidos por una actuación profesional. Pero desde el relato de la sentencia la estafa (y, también, de forma subsidiaria una apropiación indebida, cuyo régimen penológico no aportaría variaciones) emerge con cristalina nitidez: un engaño consistente en hacerle creer que se ofrecía de forma gratuita una asistencia letrada y una intención de desviar a su propio patrimonio el monto obtenido como indemnización, consiguiendo en virtud de la confianza depositada en él por el cliente, obtener un documento firmado que sirviese para encubrir el apoderamiento llevado a cabo en contra de lo pactado y a espaldas del beneficiario.

El subtipo apreciado basado en el monto de lo defraudado superior a 50.000 euros es patente. Es pura cuestión aritmética.

En cuanto al subtipo del art. Art. 250.1.4ª CP resulta un sarcasmo negarlo aduciendo en que el perjudicado es titular de un crédito declarado judicialmente por importe de 210.000 euros frente a un ¡casi insolvente!; (folio 379 de la causa); o que consiguió por las actuaciones del acusado ingresar 53.728 euros en una cuenta de su titularidad. Es ese monto justamente el que ha sido objeto de defraudación. Ya anteriormente nos referimos a las exiguas cantidades que viene percibiendo mensualmente (40 euros: calcúlese el tiempo que tardaría el recurrente en obtener la minuta que autofijó mediante esa cuantía y periodicidad de pago).

El resto de argumentos han sido ya contestados y refutados al hilo de motivos anteriores.

**El motivo, que tal y como viene planteado debiera haber sido inadmitido (art. 884.3º LECrim), ha de merecer en esta fase el rechazo.**

**UNDÉCIMO.-** El último de los motivos del recurso protesta por la denegación de una serie de medios de prueba que fueron propuestos en el escrito de conclusiones y rechazados mediante auto de 13 de julio de 2018 (folio 51 del rollo).

Desde el punto de vista de los requisitos periféricos la acusación particular echa en falta que la petición de prueba no fuese reiterada al principio del plenario tal y como exige el art. 786 LECrim. Eso llevaría sin más a la inadmisibilidad del motivo: art. 884.6º LECrim.

Pero, examinada la grabación del acto del juicio oral se detecta cierta ambigüedad en la forma en que se desarrolló ese trámite. El Presidente invitó al letrado a dar por reproducidas las cuestiones planteadas, a lo que éste asintió. Puede entenderse que ello incluía también esa reiteración de la prueba denegada.

Razones de fondo llevan a concluir que, en todo caso, la prueba propuesta no era necesaria y, menos aún, indispensable, como exigiría la estimación de un motivo de esta morfología. Un motivo por denegación de



prueba, en efecto, requiere para su prosperabilidad valorar no solo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables.

Aquí las pruebas se antojan superfluas.

La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada o no practicada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo será improsperable. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso.

La STC 142/2012, de 2 de julio, desde la perspectiva de un amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE, expresa en este sentido: "...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. **En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor.** Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero, FJ 2)".

*In casu*, fuese cual fuese el resultado de las pruebas, no hubiesen tenido capacidad para variar el sentido del fallo.

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

El art. 850.3º y 4º LECrim exige para la estimación del recurso de casación por denegación de preguntas que las rechazadas fueran no solo pertinentes; sino también que fuesen verdaderamente necesarias o de indudable influencia en la causa. Pues bien, es inherente al espíritu del art. 850.1º idéntico canon explícito en materia de preguntas. La necesidad de la prueba -y no solo su pertinencia- es condición inmanente para la prosperabilidad del motivo de casación del art. 850.1º.

Se pueden distinguir tres momentos y otros tantos estándares diferenciados de decisión: **a)** admisión; **b)** suspensión en caso de incomparecencia o no práctica de la prueba; **c)** anulación la sentencia en casación.

**a)** En el momento de la **admisión** el criterio ha de ser lo más generoso posible. Si la prueba es posible, pertinente y no aparece como inútil la regla será la admisión.

**b)** En el momento de decidir sobre la **suspensión** por incomparecencia de un testigo o no práctica de una prueba, el criterio ha de ser más restrictivo. Es "la necesidad" el canon de decisión y no la simple "pertinencia". Ha de valorarse a la vista del resto de las pruebas si resulta necesario para formar un juicio completo y adecuado contar con esa que no se puede practicar.

**c)** En casación, al **revisar una sentencia** combatida a través del art. 850.1º se endurece aún más el criterio. Se cuenta ya con una sentencia que solo deberá ser anulada si se llega al pronóstico fundado de que el resultado de la prueba omitida podría haber variado su sentido, o algún aspecto relevante.

El examen de la sentencia objeto de casación permite afirmar que las pruebas no hubiesen aportado nada relevante a lo que la sentencia ya ha tenido por acreditado. Su resultado no habría alterado los términos del debate.

Veamos:

**a)** La aportación de la documentación acreditativa de las tareas profesionales llevadas a cabo por el acusado en defensa de los intereses del perjudicado no aporta nada porque es hecho no controvertido. No hace falta probar lo que todos consideran acreditado. La constatación de ese trabajo profesional real no afecta a



la calificación realizada como se ha argumentado hasta la saciedad en motivos anteriores. La condena es compatible con la prestación de unos servicios que nadie discute.

**b)** La indagación del patrimonio o fuentes de ingresos del perjudicado podría ser prueba pertinente, pero no es necesaria. Ningún dato se aporta de otras posibles fuentes de ingresos negadas por la víctima. La situación de precariedad resulta de sus manifestaciones y de otros elementos que las corroboran. La solicitud probatoria es excesivamente abierta. No tiene viso alguno de revelar cuestiones trascendentes. Es más, la supresión de la agravación que se quiere atacar (art. 250.1.4º) no acarrearía consecuencia punitiva alguna, en tanto son dos las agravaciones del art. 250 apreciadas. Basta una para que opere la penalidad de ese precepto. No añade la segunda nada singular. Y hay que estar a la situación patrimonial de la víctima en el momento de los hechos. Lo que pueda suceder con posterioridad no altera la tipificación. La estafa a una persona en situación económica precaria no muta su tipificación por el dato aleatorio de que meses después y antes del enjuiciamiento el azar le regale un sustancioso premio de lotería. El principio de legalidad no se compadece nada con penas que dependerían de la lotería. El recurrente preguntó en el acto del juicio oral al perjudicado sobre esas cuestiones. Nada permite suponer que esa documentación reclamada llevaría a conclusiones distintas.

**c)** Para esa agravación que quiere cuestionarse con la prueba hay que atender a la situación económica del perjudicado; no la de su pareja o novia. Negar la agravación por ser factible vivir a costa de alguien con quien se mantienen lazos afectivos carece de sentido. Casi resulta ofensivo para la autoestima del estafado. No hay necesidad alguna de indagar la situación económica de quien era la novia del perjudicado, como advirtió de forma correcta la Presidencia al recurrente en el interrogatorio.

**d)** Igualmente el seguro de vida es tema aceptado por el recurrido. Bastaba con preguntarle a él durante el juicio para conocer los extremos a que quería referirse el recurrente.

**El motivo sexto tampoco es acogible.**

**DUODÉCIMO.-** La desestimación del recurso aboca a la condena en costas del recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por Sabino y la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS, TERRORISMO Y VIOLENCIA DE GÉNERO** contra la Sentencia de fecha 31 de enero de 2019, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón (PA nº 41/2017 procedente del Juzgado de Instrucción nº 3 de Castellón) en causa seguida contra el recurrente por un delito de estafa.

**2.- Condenar** a Sabino al pago de las **costas** ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Antonio del Moral García Susana Polo García

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García