

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Burgos**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **89/2023**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA Y LEON SALA CIV/PE

BURGOS

SENTENCIA: 00053/2024

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CASTILLA Y LEON

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

ROLLO DE APELACIÓN NÚMERO 89 DE 2023

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO ■■■■■ 2023

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 1 DE PIEDRAHITA

- **SENTENCIA N.º 53/2024** -

Señores:

Excmo. Sr. Presidente D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilma. Sra. Doña Blanca Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a nueve de mayo de 2.024.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA, seguida por delito CONTINUADO DE ESTAFA

DE LOS ARTÍCULOS 248.1.1 Y 250.1.4 del Código Penal contra ■■■■■, representada por el procurador D. ■■■■■ y defendida por el letrado D. Agustín García González; en virtud del recurso de apelación interpuesto por ■■■■■, **figurando como apelado el MINISTERIO**

FISCAL; siendo **ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Blanca Isabel Subiñas Castro**.

- **ANTECEDENTES DE HECHO** -

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Ávila en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia, de fecha 26 de julio de 2.023, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

"Ángela, mayor de edad, con documento nacional de identidad número ■■■■■ y sin antecedentes penales, junto con otra persona, actuando ambos de común acuerdo y con ánimo de lucro, a principios del año 2.016 y, tras conocer a Hipólito y a su familia a través entre otras personas de Filomena, mayor de edad, con documento nacional de identidad número NUM000 y sin antecedentes penales, se ofrecieron a conseguir, a través de la Asociación de Víctimas del Sistema Judicial Democrático Español (asociación presidida por Indalecio y en la que trabaja Ángela), la libertad del mencionado Hipólito, quien estaba cumpliendo una condena con una pena privativa de libertad por un delito contra la libertad sexual desde el mes de mayo del año 2.016.

Ángela, pese a saber que no podía hacer nada por la libertad de Hipólito, ya que estaba condenado por una sentencia firme dictada por la audiencia provincial de Ávila, y aprovechándose de la situación angustiosa que estaba pasando la familia, les pidió dinero en concepto de provisión de fondos para abogados directamente por sí misma y a través entre otras personas de la mencionada Filomena.

Como consecuencia del engaño sufrido y la esperanza de conseguir la libertad de su hijo Hipólito, su madre Josefina realizó transferencias a favor de la cuenta número [REDACTED] importe de 24.500 euros; las transferencias se realizaron los días doce del mes de mayo por cuantía de ocho mil euros, veintisiete del mes de julio por cuantía de diez mil euros y dieciocho del mes de octubre por cuantía de seis mil quinientos euros todos ellos del año 2.016; [REDACTED] a recuperó la suma de seis mil quinientos euros.

Por su parte, J [REDACTED], hermano de Hipólito, ante la esperanza de conseguir la libertad de su citado hermano y las falsas promesas de Ángela, realizó transferencias por importe de 15.000 euros a la citada cuenta; las transferencias se realizaron los días doce del mes de mayo por cuantía de doce mil euros y once del mes de octubre por cuantía de tres mil euros todos ellos del año 2.016.

La titular tanto de la cuenta [REDACTED] como de la tarjeta con número [REDACTED] es Filomena y en la mencionada cuenta aparecía como persona autorizada para disponer Ángela. La tarjeta de crédito y la cuenta, así como el contrato de apertura de la cuenta y el contrato de la tarjeta de crédito, estaban en posesión desde el primer momento de Ángela.

El dinero ingresado por Josefina y por Jesús no fue destinado para interponer ningún recurso, ni para pagar a ningún abogado, ni para gestionar nada referente a Hipólito sino para satisfacer gastos personales de Ángela y de otra persona distinta a Filomena, como el seguro médico de la entidad aseguradora [REDACTED] [REDACTED] reintegros en efectivo por medio de la tarjeta con [REDACTED] a través de cajeros automáticos por cuantía total de 31.000 euros o el pago mediante 282 movimientos de la tarjeta antes citada de las páginas web "[REDACTED]" y "[REDACTED]", páginas en las que Indalecio anunciaba la venta de vehículos de motor de segunda mano.

Josefina quedó en una grave situación económica por los desembolsos realizados".

SEGUNDO.- La sentencia apelada contiene el siguiente tenor literal en su parte dispositiva:

"PRIMERO.- Condenamos a Ángela como autora criminalmente responsable de un delito de estafa del subtipo cualificado de especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia, de los artículo 248 y 250 apartado primero y párrafo cuarto del código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses con una cuota diaria de cinco euros con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del código penal en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

SEGUNDO.- Condenamos a Ángela al pago de la mitad de las costas procesales causadas y a que abone como responsabilidad civil en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la perjudicada Josefina la suma de dieciocho mil euros y al perjudicado Jesús la suma de quince mil euros más los intereses que devengaran al amparo de lo establecido en el artículo 576 de la ley de enjuiciamiento civil (interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la presente sentencia hasta que sea total mente ejecutada la responsabilidad civil).

TERCERO.- Absolvemos libremente a la acusada Filomena del delito de estafa del subtipo cualificado de especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deja a la víctima o a su familia, de los artículo 248 y 250 apartado primero y párrafo cuarto del código penal que la imputaba el ministerio fiscal con declaración de oficio de la totalidad de las costas procesales causadas y dejando sin efecto cuantas medidas aseguratorias pudieran haberse adoptado".

TERCERO. - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la defensa de la acusada **Ángela** en el que vino a argumentar como motivos de impugnación, **en primer lugar**, diversas nulidades, y así nulidad de las actuaciones instructoras por no constar en las actuaciones que se haya procedido a la prórroga del procedimiento, así como nulidad con respecto al atestado de la policía que dio origen a la presente causa, y nulidad por falta de representación letrada en fases de la instrucción con causación de indefensión; **en segundo lugar**, falta de apreciación del atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas; **en tercer lugar**, error en la valoración de la prueba con quebranto de la presunción de inocencia; **a continuación**, infracción de precepto legal, y en concreto el tipo de estafa agravado aplicado; **en quinto lugar**, falta de consideración de la patología de glosofobia que padece la acusada. Y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que, estimando el recurso de apelación interpuesto, se declare la nulidad de actuaciones instructoras, y subsidiariamente en

cuanto al fondo, la libre absolución de la acusada por falta de prueba y por haberse quebrantado el principio de presunción de inocencia.

CUARTO. - Admitido el recurso por providencia, se dio traslado del mismo a las demás partes, habiéndose impugnado por el Ministerio Fiscal, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Y elevadas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo de Sala, denegándose la celebración de la vista y señalándose para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 13 de febrero de 2.024, en que se llevaron a cabo.

Se aceptan el relato de hechos probados y los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida, excepto los que se contradigan en esta resolución.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO. - OBJETO DEL RECURSO DE APELACION y MOTIVOS DE APELACIÓN.

Se recurre en esta alzada la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila de fecha 26 de julio de 2.023 en la que **SE CONDENA** a Ángela como autora criminalmente responsable de un delito de estafa del subtipo cualificado de especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deje a la víctima o a su familia, de los artículos 248 y 250 apartado primero y párrafo cuarto del código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses con una cuota diaria de cinco euros con la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y a que abone como responsabilidad civil en concepto de indemnización de daños y perjuicios a la perjudicada Josefina la suma de 18000€ y al perjudicado Jesús la suma de 15000€, más los intereses del artículo 576 de la LECv y por último, al pago de la mitad de las costas procesales causadas.

La sentencia dictada descarta, en primer lugar, varias nulidades planteadas por la defensa, que alega: a) que determinadas diligencias practicadas durante la fase de instrucción se hicieron sin que la investigada tuviera defensa técnica por medio de abogado, y ello porque no concreta que diligencias se hubieran hecho efectivas sin tal asistencia, y de qué manera se le hubiera podido causar indefensión, y además esta situación no concurre; b) por haberse acordado y/o practicado durante la fase de instrucción diligencias fuera del plazo establecido en el artículo 324 de la LECr, y ello porque no se detalla que concretas diligencias se hubieran practicado fuera de dicho plazo, y en cualquier caso la consecuencia jurídica no es la nulidad de pleno derecho por infracción de derechos fundamentales, sino la irregularidad de las diligencias y la imposibilidad de tener en cuenta éstas a los efectos valorar el pase a la fase intermedia, y sin perjuicio de las pruebas que pueden ser solicitadas por la acusación para el acto del juicio oral. **Seguidamente tras analizar los elementos del delito de estafa**, y una vez valorada la prueba de cargo (testificales y documentales) y de descargo, se considera que la conducta acreditada de la acusada Ángela es incluíble en dicho tipo penal, *ya que bien directamente o a través de terceras personas, engañó a la madre y al hermano del preso Hipólito, condenado por una sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Ávila por agresión sexual, haciéndoles creer que podían conseguir su libertad, siendo ello algo imposible, y por el error padecido, la madre del preso Josefina realizó tres transferencias a una cuenta terminada en 2732 abierta en el Banco Sabadell por importe de 24.500 euros de lo que sólo recuperó la suma de 6500€, mientras que el hermano de Julio, realizó transferencias por importe de 15.000 € a la citada cuenta, siendo titular de la cuenta Filomena y autorizada para disponer Ángela, que fue la persona que se apropió de los fondos, resultando que dicho dinero no fue destinado para interponer ningún recurso, ni para pagar a ningún abogado, ni para gestionar nada referente a Hipólito, sino para satisfacer gastos personales de Ángela y de Indalecio, realizándose reintegros de dicha cuenta efectivo por medio de la tarjeta asociada por la acusada por cuantía total de 31.000 euros o el pago mediante 282 movimientos con tarjeta antes citada de las páginas web [REDACTED] y [REDACTED]*. Se considera que concurre el subtipo agravado del artículo 250.1. 4 del Código Penal, por la situación económica en que se deje a la víctima o su familia. Y finalmente se descarta la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, sin perjuicio de que la demora en la tramitación sea tenida en cuenta en la determinación de la pena, ya que se impone a la acusada 2 años de prisión de una posible que va entre los 1 y 6 años, de conformidad con los artículos 248, 250. 1 4, 66.6 y 72 del Código Penal, a lo que contribuye además el hecho de que la acusada carezca de antecedentes penales y la cuantía de defraudación. Y se añade la multa y en materia de responsabilidad civil la obligación de devolver a Josefina 18000 € y a Jesús 15000€.

La **acusada condenada, Ángela**, formula recurso de apelación, con base a los siguientes motivos:

-en primer lugar, reitera diversas nulidades, y así, en primer lugar, nulidad de las actuaciones instructoras por no constar en las actuaciones que se haya procedido a la prórroga del procedimiento, como exige el artículo 324 de LECr. En segundo lugar, se invoca nulidad con respecto al atestado de la policía que dio origen a la presente causa, ya que los policías predispusieron a las señoras Hipólito e Filomena, en contra de la acusada llamándola estafadora, y aquellas actuaron siguiendo las directrices de la policía. Y, por último, se invoca nulidad por falta de representación letrada en determinadas fases de la instrucción con causación de indefensión, con el resultado de estar 11 o 12 meses sin abogado, lo que genera indefensión determinante de nulidad.

-en segundo lugar, falta de apreciación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, basado en el dato objetivo que desde que se incoaron diligencias previas por auto el 29 de octubre de 2016 hasta la fecha de celebración del juicio el 31 de mayo del 2023 han transcurrido 6 años.

-en tercer lugar, error en la valoración de la prueba con quebranto de la presunción de inocencia, habiéndose llegado a decisiones carentes de racionalidad. No existió el engaño ya que la acusada se presentó siempre como trabajadora social. Por lo que se refiere al desplazamiento patrimonial se efectúa en una cuenta ya existente y de la titularidad de la señora Filomena, y responde a los honorarios que se iban a percibir fruto de la mera contratación civil. Igualmente se pone en duda la validez de la declaración los policías que declararon en el juicio, por su subjetividad, llamándola estafadora. Y en definitiva no existe prueba válida que quiebre la presunción de inocencia, y nunca una sentencia de condena puede basarse en el silencio del acusado.

-a continuación, infracción de precepto legal y en concreto el tipo de estafa agravado aplicado. No concurren los requisitos de estafa en el supuesto enjuiciado, y lo único que hizo la acusada, en su condición de trabajadora social, es ejercer las funciones que como tal tiene atribuidas.

-en quinto lugar, falta de consideración de la patología de glosofobia que padece la acusada, que según la RAE es una patología consistente en que el individuo que la padece se bloquea en situaciones de estrés y su mente queda en blanco.

Terminó suplicando que se dictara sentencia por la que, estimando el recurso de apelación interpuesto, se declare la nulidad de actuaciones instructoras, y subsidiariamente en cuanto al fondo, la libre absolución de la acusada por falta de prueba y por haberse quebrantado el principio de presunción de inocencia.

Por su parte el Ministerio Fiscal, se opuso al recurso, y solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

A continuación, se procederá al estudio de los distintos motivos de impugnación planteados en un orden lógico, y así se analizará en primer lugar las nulidades invocadas en la medida que su consecuencia, de ser estimatoria, determinaría la no necesidad de entrar en el resto de los motivos. Seguidamente se analizará el error padecido en la valoración de la prueba, y, por último, la infracción de precepto legal, no solo por lo que se refiere al delito cometido y a su agravación, sino por lo que se refiere a la no apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

SEGUNDO. – Con **carácter previo a entrar en el fondo del recurso**, nos vamos a referir a las presuntas infracciones procesales denunciadas por la recurrente, a las que se asocia la consecuencia de la nulidad. Y en este sentido, **la infracción del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, el cuestionamiento que se hizo de la labor policial en la instrucción de la causa, y, por último, la falta de asistencia letrada de la acusada durante la fase de instrucción con causación de indefensión.**

I. Hemos de recordar que el artículo 238 en sus párrafos 3º y 4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina que los actos judiciales serán nulos de pleno derecho cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que por esta causa haya podido producirse indefensión, o cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva. En esta línea la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, entre muchas, recuerda que no cualquier irregularidad procesal puede dar lugar a una nulidad de actuaciones, al igual que el Tribunal Constitucional (Sentencias 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras) señala que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Es decir, que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre ; y STC 164/2005 de 20 de junio). Y reitera la Sentencia del Tribunal Supremo

de 7 de julio de 2021 que si nos movemos en el terreno de la tutela judicial efectiva afectante al derecho de defensa causante de indefensión es preciso indicar en qué medida ésta lo fue en sentido material, y no meramente formal. Y, así, recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Sentencia 1683/2000 de 7 Nov. 2000, Rec. 1254/1999 que *"como señala el Tribunal Constitucional (por ejemplo en sentencia núm. 137/99, de 22 de julio) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución Española ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir una indefensión material y no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca la indefensión"*.

Ya de inicio, podemos argumentar que la generalidad y falta de argumentación de los motivos de nulidad invocados por la recurrente, *y no es argumentar consignar doctrina o jurisprudencia de cómo deben interpretarse estos derechos en general, pero sin hacer referencia a la forma concreta en que se han conculcado en el caso*, dificulta el análisis de los motivos, que tiene que pasar igualmente por referencias genéricas, y por un proceso deductivo de lo que la recurrente quiere denunciar. Se denuncian varias nulidades, pero obvia hacer cualquier razonamiento al respecto de las consecuencias que desde el punto de vista de su derecho de defensa y el derecho a un proceso justo y con todas las garantías pudieran haber tenido esas presuntas infracciones en los derechos procesales, limitándose por ejemplo, por lo que se refiere a la primera infracción procesal invocada - la del artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento criminal-, a decir que ha sido vulnerado, pero sin especificar la forma en la que lo habría sido en la concreta instrucción de la causa, es decir manifestando que diligencias fueron acordadas fuera de plazo, y lo único que hace es exponer en varias páginas la forma en la que dicho artículo debe ser interpretado según la doctrina y la jurisprudencia. **Por otra parte, y en relación con la segunda nulidad invocada**, al atacar por parcial el atestado elaborado, no menciona ningún precepto legal o constitucional infringido, debiendo limitarse sus objeciones a cuestionar el valor probatorio de las declaraciones testimoniales de los policías intervinientes, qué es la forma en la que el atestado accede al acervo probatorio. Y, **por último y por lo que se refiere a la falta de asistencia de letrado** en determinadas fases de la instrucción, tampoco menciona la recurrente cuáles son aquellas diligencias que se hubieran practicado sin la preceptiva asistencia de letrado, y repasando la instrucción y la fase intermedia lo que podemos apreciar son varias renunciaciones de letrados de la acusada, escritos que se intentan presentar por ella misma omitiendo su defensa técnica y el cuestionamiento de todos los trámites procesales realizados, con presentación en algunos casos de recursos.

II. En este caso, no se habría infringido norma procesal alguna, y de haberse producido una mínima conculcación, en ningún caso se habría producido indefensión.

1.- **Sobre la presunta conculcación del artículo 324 de la LECr**, que se hubiera producido según la recurrente por no decretar la prórroga del procedimiento, como exige el artículo 324 de LECr, limitándose a manifestar tal dato, pero sin vincularlo de alguna manera al supuesto enjuiciado, coincidimos con lo argumentado por la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, en la que tras hacer un pormenorizado estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al respecto de tal precepto, argumenta que tal invocación debería ser rechazada de principio, ya que no se detallan cuáles son las concretas diligencias que se hubieran practicado fuera de dicho plazo. Tras hacer un exhaustivo examen en la sentencia sobre la jurisprudencia recaída al respecto de los efectos que tiene transgredir el plazo señalado, y cómo se determina el dies a quo para su cómputo, concluye que en el caso de que se hayan practicado diligencias de investigación fuera del plazo la consecuencia jurídica no es la nulidad de pleno derecho por infracción de derechos fundamentales, sino la irregularidad de las diligencias y la imposibilidad de tener en cuenta éstas a los efectos de dictar la resolución que corresponda ex artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento criminal o equivalente, esto es, a los efectos de valorar el pase a la fase intermedia, con la salvedad de que sean diligencias acordadas dentro del plazo y que se recepcionan una vez terminado éste en cuyo caso son plenamente válidas, y todo ello sin perjuicio de las pruebas que pueden ser solicitadas por la acusación para el acto del juicio oral.

Por poner el ejemplo de un último pronunciamiento, el auto de 7 de marzo de 2024 del tribunal Supremo dice que *"Como recuerdan las SSTC 25/11 de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo: "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa... que impide o dificulta gravemente a una de las partes la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales". Del mismo modo "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STS 631/2017, de 21 de septiembre), lo que, como hemos visto, no sucede en el presente caso. En este mismo sentido, sobre esta materia, hemos recordado en la*

sentencia 872/2023, de 23 de noviembre que "respecto de diligencias de instrucción tardías pero referidas a una investigación correctamente iniciada, la doctrina de esta Sala las ha considerado diligencias "irregulares", esto es, diligencias que no contienen ningún tipo de ilicitud constitucional por vulneración de derechos fundamentales sino que contravienen lo dispuesto en las leyes procesales sobre la temporalidad de su práctica, de modo que esa contravención no determina la nulidad radical sino la invalidez limitada exclusivamente al momento procesal que impide su aportación. Esas diligencias no pueden servir para fundar el juicio de acusación, pero nada impide que la información que se derive de las mismas pueda aportarse a juicio oral y fundar la pretensión punitiva.(...)Y en el mismo sentido se expresaba la STS 836/2021, de 3 de noviembre, al proclamar que "Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre; 115/2015, de 5 de marzo-. La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso -vid. STC 97/2019-". Se señalaba que el incumplimiento de la regla de prohibición de adquisición de información sumarial más allá del término establecido en la ley (por ejemplo un documento), además de neutralizar su aprovechamiento para fundar la inculpación, afectará al potencial valor probatorio anticipado o preconstituido de la diligencia intempestiva. "Pero no impide, insistimos, que su contenido informativo, en el caso de que se considere que hay razones indiciarias suficientes, obtenidas de diligencias regularmente practicadas, para proseguir el proceso inculpatario, pueda ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes -vid. SSTC 303/1993, 171/1999, 259/2005, 216/2006, 197/2009-".

2.- Sobre la forma de llevar a cabo la fase de investigación e instrucción que es atacada por la recurrente, ya que considera que los policías predispusieron a las señoras Hipólito e Filomena en su contra llamándola estafadora, y las recomendaron que pusieron una denuncia, y al haber actuado por directrices y recomendaciones de la policía, se estarían vulnerando sus derechos y libertades, y su presunción de inocencia, debe ser rechazada, por cuanto no existe indicio alguno de que la policía se extralimitara en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene encomendadas, y entre ellas la de recibir denuncias, informar a los denunciantes e investigar los hechos presuntamente delictivos que se ponen de manifiesto. Otra cosa distinta es que las conclusiones de la policía, o el resultado de la investigación plasmado en el atestado no sean del agrado de la recurrente. **No se ha incurrido en ninguna irregularidad en la investigación policial, y en la elaboración de sumario, entendiéndolo por tal, como establece el artículo 299 de la LECr**, el primero de los dedicados a la materia, las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos.

No podemos que presumir que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares, vulneradoras de derechos fundamentales, o que la Policía falta a la verdad, mientras no conste lo contrario, ya que ello nos llevaría a la paradoja (STS de 3 de marzo de 2022, entre muchas) de que mientras tratándose de los acusados ha de presumirse su inocencia, en tanto no se prueba su culpabilidad (art. 24.2 CE), a los Jueces y Tribunales, en el mismo marco procesal, ha de presumírseles una actuación contraria a la Constitución en tanto no se prueba que han actuado conforme a Derecho, y ni el derecho a la presunción de inocencia, ni el principio "in dubio pro reo", que siempre deben proteger a los acusados, pueden llegar a significar que salvo que se acredite lo contrario, que las actuaciones de las autoridades son, en principio, ilícitas e ilegítimas. No tenemos que poner en duda la palabra de la Policía, cuando nos dice que existen indicios de la posible comisión por parte de la entonces investigada de un delito de estafa. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2022: "El Instructor no tiene por qué dudar sistemáticamente de todos los datos objetivos proporcionados por la policía: basta con que tenga la capacidad de contrastarlos cuando lo considere necesario. Para la legitimidad constitucional de la autorización no es precisa una investigación judicial previa exhaustiva, ni la comprobación anticipada de los datos objetivables ofrecidos por la policía como son las observaciones derivadas de vigilancias (...) En definitiva, la veracidad o solidez del indicio no puede confundirse con su comprobación judicial".

Otra cosa es el valor probatorio que se dé a las diligencias policiales, que acceden al plenario a través de las testifical de los policías que las elaboraron o que intervinieron en los hechos.

3.- Y, último, se invoca nulidad por falta de representación letrada en determinadas fases de la instrucción con causación de indefensión, afirmando la recurrente que ha estado desinformada de los diferentes abogados de oficio que le han atendido durante años, tal y como acredita con correos administrativos dirigidos a la

instructora al menos en 5 ocasiones, y así ha sido defendida hasta 5 abogados que renunciaron a su defensa (uno alegando que era joven y no tenía suficiente conocimiento, otro porque el asunto le hacía distraer sus asuntos privados, otro que manifestó que era mercantilista y otros dos que dijeron que era un asunto muy grueso) con el resultado de estar 11 o 12 meses sin abogado, lo que genera indefensión determinante de nulidad. **No es cierto que la acusada haya sido privada de asistencia de abogado en una diligencia en que ésta hubiera sido preceptiva**, y, como dice la sentencia, en tal sentido ni siquiera enumera qué diligencias de investigación se hubieran practicado sin la asistencia letrada, y de qué manera se le hubiera podido causar indefensión, y en todo caso la declaración en calidad de investigada prestada el día 25 de octubre de 2017 en el juzgado lo fue con asistencia del abogado del turno de oficio, y respecto al resto de las diligencias se debe indicar que no era necesaria la asistencia de letrado. Es cierto que la acusada ha cambiado de letrado, por las razones que fuera, varias veces en la tramitación de la presente causa, pero ello no supone que en los periodos intermedios la acusada se encuentre sin defensa técnica, por cuanto cualquier abogado designado puede renunciar a la defensa procesal que le haya sido confiada en cualquier fase del procedimiento, siempre que no se cause indefensión al cliente, estando obligado a despachar los trámites procesales urgentes (artículo 50 del Estatuto General de la Abogacía aprobado por Real decreto 135/2021), y por su parte el artículo 6 de la Ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita, cuando define el contenido del derecho manifiesta que comprende la asistencia de abogado para cualquier diligencia policial o judicial en la que sea preceptiva o cuando no siéndolo su intervención se ha expresamente requerida por un juzgado o tribunal.

Efectivamente se ha venido condensando la importancia del derecho de defensa, en una frase: "es un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia penal" (SSTS 2320/1993 y 851/1993), y como también decía una sentencia del mismo Tribunal de 18 de septiembre de 1998 *la indefensión surge cuando se priva al interesado de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio (SSTC, entre otras, 145/1990, 106/1993 y 366/1993), o cuando se sitúa al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos (STC 290/1993)*. La indefensión, pues, requiere la privación, al menos parcialmente, a una de las partes de ejercitar su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos para que le sean reconocidos. Recuerda la STS 821/2016 de fecha 27 de noviembre como el derecho de defensa, desarrollado sustancialmente a través de la asistencia letrada, aparece reconocido como un derecho fundamental del detenido en el artículo 17 de la CE, y del imputado, con el mismo carácter, aunque no exactamente con el mismo contenido, en el artículo 24 En el artículo 24 aparece junto a otros derechos que, aunque distintos e independientes entre sí, constituyen una batería de garantías orientadas a asegurar la eficacia real de uno de ellos: el derecho a un proceso con garantías, a un proceso equitativo, en términos del CEDH; en definitiva, a un proceso justo. Recuerda también el Art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 que todo acusado tiene, como mínimo, el derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un Abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan. Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977, dispone en su Art. 14.3 b) que toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, a comunicarse con un defensor de su elección y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2021 nos dice como la ineficacia grave y manifiesta de la asistencia letrada afecta a la base del proceso justo y equitativo y en sí constituye una fuente estructural de indefensión.

Lo que obliga a una relectura compatible de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional relativa a "que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que "tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales", es decir,

"que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan" - vid. entre muchas, SSTC 85/2006, 61/2007 y, la más reciente, STC 61/2019-. Las exigencias derivadas del derecho de defensa letrada obligan a establecer condiciones que garanticen su efectividad, que vinculan tanto a los poderes públicos como a los propios profesionales a los que se encomienda la asistencia. Como remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

"el Estado debe mostrar diligencia para asegurar [a las personas que requieran asistencia letrada] el disfrute real y efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH, que las argumentaciones expuestas por la recurrente no ofrecen datos que permitan identificar una situación de defensa ineficaz constitucionalmente relevante.

Nada de lo que afecta al derecho de defensa de forma inadmisiblemente ha sucedido en el presente caso. En este sentido consta en las actuaciones que la acusada ha dispuesto de **asistencia letrada** durante todo el procedimiento, y si bien han sido varios los cambios de letrado, entre que renuncia uno y se nombra el nuevo, es el cesante el que debe garantizar la defensa, como ya se dijo, ya que ello es una obligación legal, y en cualquier caso no se hubiera especificado en que actuación se le hubiera causado indefensión por falta de letrado.

Como dice el tribunal Supremo, e la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2023, recordando las SSTS 127/20212, de 5 de marzo, y 1840/2001, afirma que el *“reconocimiento del derecho no está exento de la previsión de cautelas, como la de recordar que la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite a éste disponer a su antojo el desarrollo del proceso ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se retira o se mantiene la misma. La razón de esa prevención deriva de la necesidad de un juicio de ponderación de intereses eventualmente en conflicto. Así el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con los intereses protegidos por el derecho fundamental que el artículo 24.2 de la Constitución Española reconoce en relación con el proceso sin dilaciones indebidas. De esta forma, es posible imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho (SSTC 11/1981, 37/1987 y 196/1987). ...Por lo que concierne al contenido de la garantía, dijimos que dentro del derecho de defensa se encuentra el derecho a cambiar de letrado, sustituyendo al de oficio por otro de libre designación, o supliendo al abogado de confianza por otro (Sentencia 1840/2000, de 1 diciembre). Sin embargo, ese derecho no puede considerarse ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTS 23 de abril de 2000; 23 de diciembre de 1996; 20 de enero de 1995, entre otras)”*.

TERCERO. - A continuación, se hace por la recurrente **un cuestionamiento del proceso de valoración de la prueba, con quebranto de su presunción de inocencia.**

Considera que se ha llegado a decisiones carentes de racionalidad, existiendo únicamente una motivación aparente. No existió el engaño ya que la acusada se presentó siempre como trabajadora social, y así se hizo constar en el poder para pleitos firmado por la víctima, y por ello contrató a un abogado para poder defender al hijo y hermano de los perjudicados. Por lo que se refiere al desplazamiento patrimonial, se efectúa en una cuenta ya existente y de la titularidad de la Sra. Filomena, y responde a los honorarios que se iban a percibir fruto de la mera contratación civil, debiendo señalarse que la Sra. Filomena y la perjudicada se conocían con anterioridad, y desde el momento en que unos policías les dicen a éstas que tienen que denunciar a la acusada porque es una estafadora, se siembra la duda y se dinamita la relación mercantil civil. Igualmente se pone en duda la validez de la declaración los policías que declararon en el juicio por su subjetividad al calificar a su persona como estafadora. Y en definitiva no existe prueba válida que quiebra de la presunción de inocencia, y nunca una sentencia de condena puede basarse en el silencio del acusado.

Ya de entrada, vemos como este motivo de recurso responde a la tónica general de la recurrente, y así se aduce una errónea valoración de la prueba, y no se desarrollan o se hace muy genéricamente aquellos aspectos que hubieran sido valorados irracionalmente, o en contra de la lógica, y lo que subyace realmente una negación de que la conducta desplegada por su parte sea idónea para integrar el tipo de la estafa, negándose su requisito esencial: el engaño.

I. Como es bien sabido, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, reconocido, aparte de en nuestra Constitución (artículo 24), en los más caracterizados Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 11.1), el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 (art. 6.2), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 14.2) y objeto de una detallada elaboración por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS 86/95, 34/96 y 157/96) y del Tribunal Supremo (SS. de 10.3.95, 203, 727, 754, 821 y 882 de 1996, y 798/97 de 6.6), y más recientemente la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, significa el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado, hasta el punto presumir la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Este derecho comporta las siguientes exigencias en el proceso penal: a) en primer lugar, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, pues tal principio, de marcado matiz procesal, es de naturaleza reaccional, no precisado de comportamiento activo por parte de su titular; b) en segundo lugar, solo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la intermediación del órgano decisor y con la observancia de los principios de oralidad, contradicción y publicidad (las SSTC 284/94 y 328/94 recuerdan que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculan

a los Tribunales en el momento de dictar sentencia las practicadas en el acto del juicio oral que constituye la fase fundamental del proceso penal, donde confluyen las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes, lo que conlleva que las diligencias practicadas en la instrucción no constituyen, en sí mismas, pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica no es propiamente la fijación definitiva de los hechos, sino la de preparar el juicio, artículo 299 LECrim., proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la acusación y defensa, SSTC. 101/85, 137/88, 101/90); c) en tercer lugar, la prueba no puede ser lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas, (considerando el artículo 11 de la LOPJ, nula tales pruebas) y además la prueba debe ser legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; d) en cuarto lugar la prueba debe racionalmente valorada, debiendo constar el proceso de valoración lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado, debiendo realizarse este proceso fundamentalmente por el Juzgador de instancia; e) y en quinto lugar, como prueba procesal de cargo o inculpatario no solo valen las pruebas directas (testifical, pericial, documental) sino también las indirectas, indiciarias o circunstanciales, es decir aquellas dirigidas a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son constitutivos de delito, pero de los que puede inferirse éste y la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trate de probar.

Íntimamente relacionado con el principio de presunción de inocencia, pero operando en distinto nivel, está el principio "in dubio pro reo", que se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de la prueba. Y así tradicionalmente se ha dicho que la *presunción de inocencia* supondría la ineludible exigencia de concurrencia de prueba de cargo lícita y válida suficiente para dotar de certeza a la tesis acusatoria y, por su parte, el principio *in dubio pro reo* actuaría en un momento posterior, superado la existencia de prueba suficiente, y en el momento de su valoración. La operatividad del principio *in dubio pro reo* comenzará cuando, concurrente actividad propia probatoria indispensable, existe una duda racional sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que integra que integran el tipo penal de que se trate. La STS 302/2019, de 7 de junio manifiesta que "*el principio "in dubio pro reo"*

....no es un principio absoluto, sino algo que debe impregnar la interpretación en el caso de duda razonable del juzgador; solo cuando, tras la valoración conjunta de la prueba, dos opciones son igualmente posibles, entra en funcionamiento este principio, debiéndose acoger siempre la que sea más favorable para el acusado. (...). Expone la sentencia de esta Sala 817/2017, de 13 de diciembre, que "La STS 666/2010, de 14-7, insiste en que "el principio "in dubio pro reo" nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cago suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación.

Como se ha dicho, con las pruebas directas pueden concurrir también las indirectas, indiciarias o circunstanciales, es decir, aquellas dirigidas a mostrar la certeza de unos hechos, indicios, que no son constitutivos de delito, pero de los que puede inferirse este y la participación del acusado, por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se trate de probar. Que la prueba indiciaria es suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia lo ha dicho tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 18 de enero de 1978 de 27 de junio de 2000, 10 de abril 2001 y 8 de abril de 2004), como nuestro Tribunal Constitucional que ya desde su primera época vino a sentar que "...ha de reconocerse la posibilidad de que a partir de la prueba de indicios, el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de los hechos no probados directamente en el juicio..." (STC 175/85 de 17 de diciembre, y en el mismo sentido la sentencia correlativa 174/85 de igual fecha que la anterior donde se dice que "...no puede negarse, y el Tribunal Constitucional no lo ha hecho, la posibilidad de admitir la prueba de presunciones para enervar la inocencia, reconocida constitucionalmente..."). Si fuera de otra forma "...se crearían amplios espacios de impunidad" (STS de 15 de noviembre de 2002).

También pueden incluirse dentro de este elenco de pruebas, la declaración del coacusado, y, de hecho, en este caso es una prueba a la que se recurre por la sala enjuiciadora y se cuestiona por el recurrente. Por ello, conviene traer a colación en este punto, la Jurisprudencia existente al respecto del valor probatorio que ha de darse a la declaración proporcionada por el coacusado, partiendo de la premisa fundamental de que en este caso la declaración del coacusado, no es la única prueba existente. Por todas, mencionar la doctrina fijada por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2013: "*las sentencias del Tribunal Constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7 FJ. 3, recuerdan lo que este Tribunal viene declarando por lo que hace*

a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero , FJ 3); lo cierto es que debe contar con un elemento externo de corroboración mínima, que no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC. 57/2009 de 9.3). **Las declaraciones de los acusados son por tanto sospechas, por los ánimos exculporios que en su caso se pueden ser presumidos.** El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de abril de 2007, y recordando otras sentencias dictadas (ss. 30.5.03 y 12.9.03), manifiesta que cuando la prueba del coacusado sea la única existente como tal, exige que esas manifestaciones hayan sido mínimamente corroboradas por la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de algún modo la veracidad de tales declaraciones cuando son inculporias contra otro u otros coimputados.

Por otra parte, y en la medida que se cuestiona el proceso de valoración de la prueba, decir que reiterada Jurisprudencia de la que esta Sala se ha hecho eco, ha dicho que la función del Tribunal de apelación no consiste en reevaluar la prueba que ya lo ha sido por el órgano "a quo", sino en revisar críticamente la valoración realizada por el mismo, rectificando la declaración fáctica y sustituyéndola por una propia si aprecia error en aquella función valorativa; pero respetando todos aquellos aspectos que dependan exclusivamente de la inmediación y justificando el cambio de criterio, en su caso, no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas. Y, por supuesto, ajustando esa decisión revocatoria a parámetros objetivos que pongan de relieve la racionalidad del cambio de criterio y motivándola adecuadamente, tal y como se desprende de la doctrina emanada de la STC 17/2000, de 31 de enero. Es por ello por lo que, salvo en supuestos en los que se constate una irracionalidad o una arbitrariedad en la valoración que de la prueba haya podido realizar el Tribunal de instancia, no cabe suplantar la apreciación hecha por el mismo de las pruebas practicadas a su presencia, realizando así un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala.

Sin embargo, otra tesis al respecto del alcance de la apelación se ha abierto camino, y es que la nueva forma de documentación de las actuaciones judiciales ha traído como consecuencia que la inmediación en la práctica de las pruebas pueda ser en gran parte percibida por el Tribunal de Apelación. La sentencia dictada por el Tribunal Supremo número 136/2022 de fecha 17 de febrero de 2022, al resolviendo un recurso de casación interpuesto por una sentencia de este mismo Tribunal, y tras estudiar el alcance del recurso de apelación según sea contra sentencias absolutorias o condenatorias e incluso respecto del mismo recurso de casación, declara en relación con recursos interpuestos contra sentencias condenatorias que el tribunal *ad quem* dispone de plenas facultades revisoras: *"El efecto devolutivo transfiere también la potestad de revisar no solo el razonamiento probatorio sobre el que el tribunal de instancia funda la declaración de condena, como sostiene el apelante, sino también la de valorar todas las informaciones probatorias resultantes del juicio plenario celebrado en la instancia, determinando su suficiencia, o no, para enervar la presunción de inocencia. Afirmación de principio que solo permite una ligera modulación cuando se trata del recurso de apelación contra sentencias del Tribunal del Jurado. Este es el sentido genuino de la doble instancia penal frente a la sentencia de condena. La apelación plenamente devolutiva es garantía no solo del derecho al recurso sino también de la protección eficaz de la presunción de inocencia de la persona condenada. Esta tiene derecho a que un tribunal superior revise las bases fácticas y normativas de la condena sufrida en la instancia"*.

II. Partiendo de tales premisas, y, tras examinar las razones expuestas en el presente recurso de apelación, se llega a la conclusión de que la sentencia hace una valoración de la prueba practicada de lo más lógica, racional y razonable, de la prueba directa practicada (testifical y documental) y de los indicios incontestables que de ésta se deducen, llegando a la conclusión de que se ha cometido por **Ángela un delito de estafa**, lo que se hace valorando la prueba de cargo y de descargo, y así se concluye que la acusada Ángela, *bien directamente o a través de terceras personas, engañó a la madre y al hermano del preso Hipólito, condenado por una sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Ávila por agresión sexual, haciéndoles creer que podían conseguir su libertad, siendo ello algo imposible, y por el error padecido y a tal fin, la madre del preso Josefina realizó tres transferencias a una cuenta terminada en 2732 abierta en el Banco Sabadell por importe de 24.500 euros de lo que sólo recuperó la suma de 6500€, mientras que el hermano de Hipólito, Jesús, realizó transferencias por importe de 15.000 € a la citada cuenta, siendo titular de la cuenta Filomena y autorizada para disponer Ángela, que fue la persona que se apropió de los fondos, resultando que dicho dinero no fue destinado para interponer ningún recurso, ni para pagar a ningún abogado, ni para gestionar nada referente a Hipólito, sino para satisfacer gastos personales de Ángela y de Indalecio, realizándose reintegros de dicha cuenta efectivo por medio de la tarjeta asociada por la acusada por cuantía total de 31.000 euros o el pago mediante 282 movimientos con tarjeta antes citada de las páginas web "WWW000" y "WWW001.* En resumen, y como dice la sentencia, las actuaciones engañosas han quedado acreditadas por los testimonios prestados en el juicio por la también acusada Filomena

-que ha resultado absuelta- y por parte de los testigos Josefina, Jesús, Hipólito, Isidora, Maximino, Penélope y Narciso; quienes declararon de forma coincidente que tanto la acusada, como Indalecio (como presidente de la *Asociación de Víctimas del Sistema Judicial Democrático Español, en la que trabajaba la investigada*) aparentaban ser abogados en ejercicio o conocer por medio de la asociación a distintos abogados en ejercicio, y que por dinero conseguirían la libertad de Hipólito, lo que era prácticamente imposible al existir una sentencia firme. Hechos que se pusieron de manifiesto por la actuación de la Policía Nacional, que, investigando otros hechos, descubrieron los que ahora se enjuician, y en este sentido los agentes NUM001 y NUM002 ratificaron el atestado que dio origen a esta causa. Tanto Josefina como Jesús, incurrieron en el error de creer a la acusada y a Indalecio como declararon, y realizaron importantes desplazamientos patrimoniales a modo de transferencias a la cuenta que se les dijo en la creencia errónea de que estos realizarían las gestiones necesarias para conseguir la libertad de su familiar, lo que queda acreditada por las testificales de éstos y por la documental ilustrativa de los desplazamientos patrimoniales (tres transferencias en el caso de Josefina por importe de 24500€ y dos en el caso de Jesús por importe de 15000€), así como extracto de movimientos de la cuenta de destino en el Banco Sabadell [REDACTED], que demuestra el ánimo de lucro de la acusada Ángela, ya que se cargaron gastos personales de Indalecio y se realizaron con la tarjeta que tenía asociada y que utilizaba la acusada 32 reintegros por importe de 31.000€, así como pagos de anuncios en páginas de venta. De esta forma de proceder se deduce claramente el nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, y el claro propósito de no cumplir lo prometido, o en cualquier caso debiendo conocer que lo que prometían y por lo que recibían importantes sumas de dinero era prácticamente imposible, y más para el caso de personas carente de cualquier formación jurídico procesal especializada, como era la acusada, de profesión trabajadora social, y así las cosas sólo aparentemente hicieron gestiones. Si bien encargaron a un abogado presentar una querrela por falso testimonio contra la víctima del delito de agresión sexual, como este mismo declaró, que la presentó, en ningún caso queda acreditado que le hiciera pago de cantidad alguna. Y por lo que se refiere a la intervención de la inicialmente acusada - Filomena-, que resultó absuelta, si bien contribuyó con su actuación al resultado final, ya que aperturó a su nombre la cuenta y consiguió la tarjeta asociada que inmediatamente entregó a la acusada, y convenció a las víctimas para realizar los pagos, lo cierto es que no lo hizo de forma dolosa sino también como víctima de la acusada Ángela y de Indalecio, quien se decía presidente de la Asociación de víctimas del sistema judicial democrático español, y ello en relación con un procedimiento cambiario entablado contra su padre, respecto del que también se prestaron a realizar servicios profesionales como abogados. Se considera que concurre el subtipo agravado del artículo 250.1. 4 del Código Penal, ya que tras estudiar la doctrina jurisprudencial al respecto de la circunstancia de agravación, en concreto, la situación económica en que se deje a la víctima o su familia, se considera que la víctima Josefina quedó en una situación precaria ya que desplazó 24500€, lo cual es una cantidad considerable, y tuvo que pedir dinero prestado a terceras personas que todavía no ha devuelto, y sus ingresos por trabajo por cuenta ajena no superaban en los años en los que hizo los desplazamientos los 11500€ anuales, y sus bienes eran exigüos.

Por ello, concluye la sala enjuiciadora que nos encontramos sin duda en presencia de una estafa agravada en la que el engaño consistió en aparentar una formación jurídica o un saber proceder para conseguir algo que era imposible, sabiendo desde el primer momento que no se iba a cumplir lo prometido, o en cualquier caso debiendo conocer que lo que prometían y por lo que recibían importantes sumas de dinero (por adelantado) era prácticamente imposible, y más para el caso de personas carente de cualquier formación jurídico procesal especializada, como era la acusada, de profesión trabajadora social, y sólo aparentemente hicieron gestiones.

Se llega a esta conclusión a partir de las pruebas practicadas, y a pesar de los alegatos exculpatorios de la recurrente, que se limita a poner en entredicho, sin mucho esfuerzo ni razonamiento, el resultado de la valoración de la prueba, y así parece dar a entender que dada su condición de trabajadora social puede ofrecer a los ciudadanos servicios del tipo a la aquí enjuiciados, y actuar como intermediaria y cobrar dinero por ello, y ello no solo supone una extralimitación de las funciones que como tal profesional tiene encomendadas, sino un engaño en toda regla. Tampoco tiene trascendencia alguna que la cuenta a donde fueron a parar los fondos desplazados por parte de los perjudicados fuera de la titularidad de la Sra. Filomena, respecto a la que la sentencia llega a considerar igualmente víctima de los tejemanejes de la acusada y su entorno, por cuanto lo que queda meridianamente acreditado es que quien dispuso de los fondos allí desplazados por las víctimas fue la acusada y su entorno. Y estupefacción genera la actuación que espera de la policía ante un supuesto hecho delictivo, considerando que se deben de mantener pasiva y dejar pasar el hecho, en lugar de informar a las víctimas y transmitirles los derechos que como tal les asisten. No es una relación mercantil civil entablada por la acusada y sus víctimas, es un hecho engañoso causante de un perjuicio patrimonial y susceptible de ser considerado una estafa. Evidentemente no se pudo contratar civilmente cualquier tipo de prestación.

Y respecto a la afirmación de la acusada de que nunca una sentencia de condena puede basarse en el silencio del acusado, lo que ponemos en relación con el sorprendente motivo de recurso basado en su presunta *glosophobia* o miedo a hablar en público, además de que no es cierto que se le haya condenado por su silencio,

como cierto resulta que ese padecimiento no ha quedado acreditado y no es suficiente la manifestación de quien lo padece, hay que añadir que de ninguna manera se pone en relación esas presuntas limitaciones a hablar en público con los derechos que le hubiera limitado esa situación. Es la abundante prueba testifical y documental la que lleva a la sentencia a concluir la existencia de la estafa, y no precisamente que la acusada se haya negado a declarar tanto en fase instructora como en el acto del juicio, lo que, por otra parte, no le ha limitado para presentar numerosos escritos en la que trata de explicar sus acciones, al margen de su defensa técnica. El derecho del acusado a mantenerse en silencio es un derecho constitucional, directamente relacionado con el hecho de que no es el acusado quien tiene que demostrar su inocencia sino la acusación. También es cierto que esta actitud procesal no es totalmente neutra y puede servir para reforzar el valor probatorio de otros elementos de prueba. Como dice la STS 1736/2000 de 15 de noviembre,

“eso no significa que la condena se fundamente en su legítimo silencio, sino que la prueba de cargo sigue incólume en tanto la persona a cuya responsabilidad apunta no alega versión alternativa que refute o cuestione su inequívoco carácter inculpativo”. Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2021, *“Un muy citado pronunciamiento del TEDH, el asunto Murray, (STEDH de 8 de febrero de 1996) exponía bien esta doctrina que se volvía a compendiar en la sentencia que resolvía el asunto Landrome, (STEDH 2 de mayo de 2000): “los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra” ya que “sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculcado o en su negativa a responder a preguntas o a declarar”. Pero se apresura a continuación a admitir que esa premisa no impide “tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo”.* De esa doctrina se ha hecho eco el Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 137/1988, de 7 de julio y 202/2000, de 24 de julio): *“ese mecanismo de apreciación “sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación ... no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga...Conviene subrayar el carácter meramente accesorio de ese tipo de indicios (silencio del acusado o, en su caso, explicaciones inverosímiles o inveraces). La condena no puede descansar nunca de manera exclusiva o fundamental en ello. Así lo destacó la STC 61/2005, de 14 de marzo”.*

Pero si sucede, como dice la sentencia de 8 de julio de 2021, que una panoplia de indicios apunta de forma concluyente en esa dirección, y el encausado no es capaz de ofrecer otra versión plausible que explique desde la racionalidad esos datos objetivos acreditados, no cabrá más que deducir que no hay otra hipótesis factible.

CUARTO. – En este apartado y como infracción de norma legal considera el recurrente que hay aplicación indebida de los artículos 248, 250.1 4º, en cuanto a que los hechos no serían constitutivos de un delito de estafa, agravado por la entidad del perjuicio o la situación en la que se deja la víctima. Lo único que hizo la acusada, en su posición de trabajadora social, es ejercer las funciones que como tal tiene atribuidas, y así la función preventiva, la de atención directa, la de mediación o la de supervisión, entre otras muchas. En relación con el caso de autos consiguió reunir escritos con opiniones sobre lo sucedido y que reflejan que la mujer que denunció al hijo de la denunciante no tenía credibilidad, y de la misma manera podría ser denunciado cualquier abogado si la sentencia fuera desfavorable para su cliente.

Al contrario de lo argumentado por el recurrente, la sentencia dictada considera que concurren todos los elementos del delito de estafa, tal y como ya se ha argumentado en el anterior fundamento, poniéndolo en relación con el resultado de la prueba practicada. En definitiva, la existencia de:

1º) un engaño precedente o concurrente, que es el requisito medular de la estafa, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva). El engaño fue hacerse pasar por profesionales especializados que podían conseguir la excarcelación de una persona privada por sentencia firme por un delito de agresión sexual, cuando ello era prácticamente imposible y se carecía de la cualificación necesaria para apreciar una situación de error judicial.

2º) el engaño tiene que ser bastante, en el sentido de suficiente y proporcional, debiendo tener la adecuada idoneidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, debiendo establecerse esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. Desde luego es bastante el engaño desplegado a la vista de las circunstancias concurrentes, aprovechándose de la situación de desesperación de unas víctimas humildes y desconocedoras de los trámites judiciales, ante las consecuencias tan graves que estaba sufriendo un familiar cercano que estaba ingresado en prisión, y al que se le prometía que unos abogados muy buenos podían revertir esa situación.

3°) el engaño ha de producir de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad para que en la convivencia social ordinaria actúe como estímulo eficiente del traspaso patrimonial, como consecuencia de la mendacidad, fabulación o artificio de agente, y que sea determinante del vicio de voluntad facilitador del desplazamiento patrimonial que le subsigue. Evidentemente como consecuencia del engaño, las víctimas hicieron los desplazamientos patrimoniales creyendo, que con el pago de las considerables cantidades de dinero solicitadas, y además por adelantado 24500€ una víctima y 15000€ la otra se podía conseguir algo que se revelaba como imposible.

4°) acto de disposición o desplazamiento patrimonial, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. La prueba documental demuestra que Josefina hizo tres transferencias por importe total de 24500€, y dos en el caso de Jesús por importe de 15000€ a la cuenta de destino del Banco Sabadell 2732 que le indicaron, y que de ese dinero fue dispuesto por Ángela con la tarjeta asociada a dicha cuenta, lo que demuestra el ánimo de lucro de la acusada Ángela.

5°) nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio sufrido. Es evidente. y 6°) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que es esencial para la configuración de la tipicidad de la estafa. No puede alegarse "desconocimiento o falta de dolo" por una persona de las características de la acusada - que en su condición de trabajadora social debía de conocer cuáles eran las limitaciones profesionales que tenía- y lo que implicaba la existencia de una sentencia penal firme contra lo que no cabía recurso ordinario alguno. El ánimo de lucro viene a consistir en el deseo de enriquecerse sin causa a costa del patrimonio ajeno, lo que sin duda concurren en la acusada desde el momento en que por adelantado recabó una considerable cantidad de dinero cercana a los €40000, para conseguir un objetivo que además de imposible, excedía del ámbito de su competencia.

7°) de la conducta engañosa se tiene que derivar un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva). Evidentemente lograr desplazamientos patrimoniales por parte de personas con bienes limitados por importe cercano a los 40000€ es un perjuicio económico considerable.

Volviendo al engaño, decir que ha sido identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2002). El engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo (SSTS. 1169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6), o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes e idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser más sugestionable por su incultura, situación, edad, o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11., 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SSTS.

161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 2.1.2003. Y **se viene a declarar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido el engaño por omisión**. Así afirmó la STS 661/1995 de 18 de mayo "el engaño constituye la afirmación de los hechos falsos como verdaderos, o bien el ocultamiento de hechos reales". Existe engaño cuando se omiten los comportamientos legales exigidos para evitar el resultado producido (STS 1036/2003 2 de septiembre); o cuando quienes *tienen posición de garantes por haber generado un riesgo serio para el patrimonio de los acreedores, no les comunicaron el riesgo inminente de incumplimiento y del consiguiente perjuicio patrimonial, que hubiera podido impedir el resultado* (SSTS 79/2004 de 27 de febrero y 591/2007 de 2 de julio) o cuando se omite el facilitar información obligada (STS 281/2014 de 26 de marzo), como poner en conocimiento el óbito del poderdante.

A la hora de calificar a suficiencia del engaño, ha evolucionada la jurisprudencia del Tribunal Supremo de ser marcadamente objetiva, desde el baremo del hombre medio (deber de autotutela) a optar por un módulo objetivo-subjetivo, que en realidad, es preponderantemente subjetivo, que pondera las concretas circunstancias del sujeto pasivo, y toma en consideración si el sujeto activo conoció y buscó de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, y se aprovechó de ésta, para poder llegar a la conclusión de que engaños que en términos de normalidad social serían objetivamente inidóneos, pueden conformar una estafa por las circunstancias específicas del engañado. Es decir, que el deber de autoprotección debe ser contemplado teniendo en cuenta también la perspectiva de la víctima. De este modo sólo sería un

engaño no bastante cuando se trate de un error burdo que puede apreciar cualquiera, lo que excluiría el delito de estafa, máxime si la jurisprudencia ha optado por sancionar como estafa conductas en las que el sujeto pasivo puede merecer una censura ética o moral como sucede a las víctimas de timos como los de la "estampita" o del "toco-mocho". Por ello, dado el concreto ámbito en el que se produce la operación ahora enjuiciada, la puesta en escena, la apariencia de solvencia, en relación con la desesperación de las víctimas, que se configura como suficiente el engaño en función de las circunstancias objetivas y subjetivas de éstas. **En definitiva**, no podemos desplazar en la víctima la responsabilidad del engaño sufrido sobre la base de un determinado deber de diligencia que cabría esperar. No cabe imputar a la víctima el desapoderamiento que resulta, cuando no actúa voluntariamente.

QUINTO. - Como cuarto motivo de recurso se invoca la infracción de ley por aplicación indebida del artículo 250.1. 4º, limitándose la recurrente simplemente a negar su concurrencia, pero sin aducir razones en contra.

En este sentido estamos de acuerdo con la sentencia de instancia cuando argumenta la existencia de este motivo de agravación, y tras estudiar la doctrina jurisprudencial al respecto de la circunstancia de agravación, en concreto, la situación económica en que se deje a la víctima o su familia, se considera que la víctima Josefina quedó en una situación precaria ya que desplazó 24500€, lo cual es una cantidad considerable si se tiene en cuenta cuales eran sus ingresos por trabajo por cuenta ajena en los años en los que hizo los desplazamientos que oscilaban 11500€ anuales y la escasez de sus bienes, y en tal sentido se analizan los saldos en sus cuentas y sus propiedades, limitados a una vivienda con escaso valor catastral, y por ello y tuvo que pedir dinero prestado a terceras personas que todavía no ha devuelto.

La sentencia de 26 de mayo de 2022, recordando la de 30 de noviembre de 2006 afirma que "[...] *el fundamento de la agravación estriba en el desvalor del resultado, es decir, la precariedad de la situación en que se deja a la víctima como consecuencia del daño patrimonial. La gravedad del resultado mencionado se contempla desde una perspectiva personal y subjetiva, en consideración a la situación patrimonial de la víctima y de los deberes económicos que tenga consigo mismo y con su familia, en cuanto la gravedad en términos absolutos viene contemplada en la previsión del valor de lo defraudado. No significa que el perjudicado deba quedar en la indigencia y penuria económica absoluta, bastando la realidad de una situación patrimonial difícil o insegura, debiendo abarcar el dolo del sujeto activo el desamparo económico en que va a quedar el ofendido como consecuencia de su actuación...*"

Conforme al referido precepto es circunstancia de agravación el hecho de que el delito de estafa "revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del **perjuicio** y a la **situación económica** en que deje a la víctima o a su familia". En relación con esta específica circunstancia de agravación, se decía en STS 822/2021 que "en cuanto al tipo agravado previsto en el art. 250.1.4 CP, entiende la doctrina que la especial gravedad de la **estafa** debe valorarse teniendo en cuenta de modo conjunto la **entidad del perjuicio** y la **situación económica** en la que deje a la víctima o a su familia. La entidad del **perjuicio** es un criterio objetivo que varía en función de la evolución de los índices y costos de la vida, mientras que la **situación económica** en la que se deja a la víctima o a su familia es un criterio subjetivo, que deberá valorarse desde una perspectiva relativa y personal. No es necesario para apreciar este tipo que se deje a la víctima o a su familia en una situación de indigencia o de absoluta penuria. Basta con que se cause un estado patrimonial difícil o preocupante".

Consideramos, pues, que concurre el subtipo de especial gravedad, valorando factores tanto objetivos como subjetivos, porque si, desde un plano objetivo, perder una cantidad de 24.500 euros se considera algo que es no poco grave para cualquier persona con ingresos medios, si atendemos a las particulares circunstancias subjetivas de la víctima, se potencia esa gravedad, teniendo en cuenta que se trata de una persona cuyos ingresos anuales en el momento en el que tienen lugar los desplazamientos oscilan los 11.000€, que apenas tiene ahorro personal, y tuvo que pedir dinero prestado para devolver el dinero, y ello sin que nada se haya probado en contrario por la acusada.

SEXO. – Por último, denuncia la recurrente falta de apreciación de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, basado en el dato objetivo que desde que se incoaron diligencias previas por auto el 29 de octubre de 2016 hasta la fecha de celebración del juicio en 31 de mayo del 2023 han transcurrido 6 años. Además, un indicativo de que la dilación es extraordinaria es la inexistencia de solicitudes de prórroga en fase instructora. La dilación no es atribuible a la acusada, ya que ésta no ha contribuido a tal situación, siendo simplemente perjudicada, y lo cierto es que ha estado durante muchas fases del procedimiento sin asistencia letrada. Por último, de ninguna forma guarda relación la dilación con la complejidad de la causa.

La sentencia dictada descarta la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, ya que no basta con la genérica denuncia del transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, lo cual no es obstáculo para que la demora en la tramitación sea tenida en cuenta en la determinación de la pena, ya que se impone a la acusada 2 años de prisión de una posible que va entre los 1 y 6 años, de conformidad con los artículos 248, 250.

14, 66.6 y 72 del Código Penal, a lo que contribuye además el hecho de que la acusada carezca de antecedentes penales y la cuantía de defraudación **La atenuante de dilaciones indebidas**, prevista en el artículo 21.6 del Código Penal, se fundamenta en el derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, es decir, procesalmente inexplicables -sufridas como consecuencia del proceso-, que son equivalentes a los males sufridos como consecuencia del delito, lo que es considerado como 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. Como reitera la sentencia del Tribunal Supremo de 20 enero de 2022, con invocación de otras muchas: "*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 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 Desiderio, y las que en ellas se citan).*

Asimismo se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en momento oportuno, pues la vulneración del derecho -como se recordaba- en STS 1151/2002, de 19-6, "no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca.....En este sentido la Sentencia Tribunal Constitucional 5/2010, de 7- 4.....Pero esta doctrina, referida propiamente al recurso de amparo y con las limitaciones inherentes a tal vía, ha sido matizada por esta Sala, por ejemplo, STS 1497/2010, de 23-9; 505/2009, 739/2011 de 14-7; en el sentido de que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad". Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza". Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ) y que se concreta a la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables.

Ahora bien 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...".

En el presente caso, ya vemos que la acusada fundamenta la atenuante sólo en el transcurso de seis desde que se inicia el procedimiento hasta que se enjuicia y omite referir los trámites procesales indebidamente demorados, lo cual puede tener relación con su actuación en el proceso que evidentemente ha contribuido al resultado final y así los cambios de letrado, y el uso de los recursos, entre otros. Desde este punto de vista de los requisitos de la atenuante, hubiera convenido más concreción a la hora de expresar los plazos excesivos. En cualquier caso ningún efecto tendría la apreciación de esta atenuación como simple, que es el único grado en el que podría ser aplicada, ya que ello pudiera traer como consecuencia la aplicación de la pena en la mitad inferior si concurriera una sola circunstancia atenuante, y en el presente caso el tribunal, a la hora de individualizar la pena, se hubiera mantenido en la pena correspondiente a su mitad inferior, y no ha apreciado la

continuidad delictiva y como ya se ha dicho más arriba sería inocua la apreciación de esta atenuante. No existe el derecho a la pena mínima, y menos cuando en delitos patrimoniales ha de tenerse en cuenta el perjuicio causado, que en este caso es considerable.

No está de más recordar, que la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en el artículo 120.3 de la Constitución Española, se extiende también a la individualización de la pena, y en este sentido dice la sentencia del Tribunal Supremo 20 de mayo de 2015 *“que el deber de motivación, ciertamente, “no sólo incluye la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003, de 10 de Febrero; 148/2005, de 6 de Junio; 76/2007, de 16 de Abril). El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad”*. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2022: *“La individualización judicial de la pena concebida como “la tercera función autónoma del Juez penal representando el cenit de su actuación” presupone la búsqueda del marco penal abstracto correspondiente a la subsunción en un delito de una conducta probada, su participación y ejecución. La búsqueda del marco penal concreto, segundo momento de la individualización, tras la indagación y declaración, en su caso, de la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Tras la realización de esos apartados de la función jurisdiccional, el tercero y cenit de la actuación, lo constituye el ejercicio del arbitrio judicial que en cumplimiento de los arts. 9.3, 24.1 y 120.3 de la Constitución, deberán ser motivados, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el art. 66, y la capacidad de resocialización y de reeducación, atendiendo a la prevención especial, y a la culpabilidad manifestada en el hecho, extremos que el legislador, obviamente, no puede prever y que delega en el Juez penal mediante el ejercicio del arbitrio judicial, en ocasiones, entre unos límites mínimos y máximos muy distanciados”*.

Por otra parte, decir, que no existe un derecho a la pena mínima, sino a la que proceda según el intervalo que resulte del artículo 66, en atención a las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. Y en este caso, sin duda se expresan las razones por la que se imponen las penas impuestas, y estamos **completamente de acuerdo**.

SÉPTIMO. - Por lo que se refiere a las costas procesales, el hecho de que el recurso de apelación se haya desestimado totalmente, determina que las costas de esta segunda instancia deben imponerse a la parte recurrente (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

- FALLAMOS -

Que, **DESESTIMANDO COMO DESESTIMAMOS** el recurso de apelación interpuesto por **Ángela**, representada por el procurador D. José Carlos González Miranda y defendida por el letrado D. Agustín García González; **contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, de fecha 26 de julio de 2.023, figurando como apelado el MINISTERIO FISCAL; DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ÍNTEGRAMENTE LA MISMA**, con imposición de las costas de esta segunda instancia a la recurrente.

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, que podrán prepararse en esta misma Sala dentro de los cinco días siguientes al de su última notificación, para su interposición ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con arreglo a la ley, que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./