

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

- SEGUNDA SENTENCIA
- **Sentencia Nº: 925/2006**
- RECURSO CASACION Nº:2055/2005
- Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial
- Fecha Sentencia: 06/10/2006
- Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano
- Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: TCP.

- **APROPIACIÓN INDEBIDA Y ESTAFA.** - Incompatibilidad de la agravante de abuso de confianza en el delito de apropiación indebida: principio de inherencia.

* **Atenuante analógica de enfermedad mental.** No procede estimar la eximente incompleta.

INEXISTENCIA DE ABUSO DE CONFIANZA EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

Suprime la Sala Segunda del TS, la agravante aplicada por la Audiencia, explicando que, en todo caso, y de darse los requisitos correspondientes, sería de aplicación a la apropiación indebida, el número 7 del art.250 CP que contiene el subtipo agravado de abuso de relaciones personales o laborales

DOCTRINA:

La aplicación en un delito de apropiación indebida de la agravante común de abuso de confianza, médula de dicho delito, constituye un dislate jurídico por lo que supone de ataque frontal al principio de non bis in idem que constituye una de las concretas manifestaciones del principio de legalidad, dado el principio de inherencia consagrado en el art.67 CP.

En nombre del Rey

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

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil seis.

En el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, que ante Nos pende, interpuesto por el acusado A. A. R., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, que le condenó por delito de apropiación indebida y otro de estafa, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr.D.José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Gómez Cebrián.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Santiago de Compostela incoó Procedimiento Abreviado con el número 25/2002 contra A. A. R., y una vez

concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña, cuya Sección Sexta con fecha quince de julio de dos mil cuatro dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Sobre el día 10 de septiembre de 2001, el acusado A. A. R., mayor de edad y sin antecedentes penales, se presentó en el Centro de Rehabilitación y Reinserción Social de Drogodependientes de Santiago de Compostela (Proyecto Hombre), haciéndose pasar por trabajador social de la Xunta de Galicia y solicitando trabajar como voluntario, si bien su verdadera intención era poder aprovecharse de esta colaboración con Proyecto Hombre para conseguir fraudulentamente dinero u otros servicios. Fue aceptado y se le asignó la tutela o seguimiento de M. B. L. F., autorizándosele a contratar una cuenta bancaria mancomunada a fin de controlar los gastos y ayudar a la administración a la Sra. L.. Pero el acusado el día 12 de noviembre de 2001, junto con M^a Begoña, concertó una cuenta indistinta en la entidad "Caixa Nova", en la Oficina de Basaquiños de esta Capital, con nº 01620000020247 y solicitó y consiguió una tarjeta de débito.

Utilizando ésta dispuso para su propio y exclusivo beneficio de los fondos de dicha cuenta por una cantidad no bien precisada, pero en todo caso superior a 300 euros, de forma sucesiva y reiterada desde la apertura de la cuenta hasta el 23 de octubre de 2001. Además cargó en dicha cuenta facturas propias del teléfono móvil. Los fondos de la misma eran de propiedad exclusiva de la Sra. Lareo y, la finalidad de la cuenta era ingresar la pensión de excarcelación. En el mismo periodo, de septiembre a octubre de 2001, el acusado se apropió de un abrigo y un reloj que la Sra. Lareo le había entregado para que se les llevase a arreglar. No consta el valor de los mismos.

El día 1 de octubre del 2001 el acusado abrió una cuenta corriente, en la oficina de Bankinter en Santiago de Compostela, con saldo 0 euros, haciéndose pasar por trabajador social de la Xunta de Galicia con una nómina de 190.000 pts.

Desde el día 12 al 15 del mismo mes libró seis pagarés sin fondos de la citada cuenta por importe, respectivamente de 75.000 pts., 100.000 pts., 125.000 pts., 225.000 pts. 250.000 pts. y 300.000 pts. que ingresó en la cuenta nº xxxxxxxx de Caixa Nova, presentándolos en distintas sucursales en donde no tenía abierta cuenta, para inmediatamente retirar en efectivo o con tarjeta el dinero. Con ese ardid consiguió 764.848 pts. No constan los perjuicios concretados en los gastos de devolución y en los intereses por descubierto.

El acusado padece un trastorno de control de impulsos que se une a una patología secundaria de Retraso mental, que si bien no le impiden conocer el alcance de sus actos, le reducen limitadamente su capacidad de oponerse a sus impulsos".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que condenamos a A. A. R., como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, con agravante de abuso de superioridad y atenuante analógica de enfermedad mental a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena; y como autor de un delito continuado de estafa, con la atenuante analógica de enfermedad mental, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante la condena; así como al pago de las costas causadas. Con abono en su caso del tiempo pasado en prisión provisional.

Asimismo, condenamos al Sr. Alonso a indemnizar a Caixa Nova en la cantidad de 4.596,83 euros y a M^{ra} Begoña xxxxxx en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia, por las cantidades de que dispuso de su cuenta corriente y en el valor del abrigo y el reloj; con aplicación de los intereses previstos en el art. 576 LEC.

Notifíquese esta sentencia al acusado y a las demás partes, haciéndoles saber que pueden interponer recurso de casación, preparándolo ante esta Sala dentro de los cinco días siguiente al de la última notificación de esta resolución".

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, por el acusado A. A. R., 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 dicho recurso.

4.- El recurso interpuesto por la representación del acusado A. A. R., se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849-1º L.E.Criminal. Consideran que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo, por aplicación indebida en el delito de apropiación indebida de la agravante de abuso de confianza del art. 22.6 del C. Penal y por inaplicación del art. 252 en relación con el art. 250.7 del C. Penal. Segundo.- Por infracción de ley al amparo de las causas 1ª y 2ª del art. 849 de la L.E.Criminal por considerar:

1º.- que dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre se han infringido preceptos penales de carácter sustantivo, por inaplicación del art.

21-1º en relación con el art. 20.1 del C. Penal. 2º.- que ha habido error en la apreciación de la prueba pericial médica forense, basado en documentos que obran en autos y, en concreto, el informe pericial (folio 56 de la causa), realizado por el médico forense Don José xxxxx, que demuestra la equivocación del juzgador y que no ha resultado contradicho por otros elementos probatorios.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851-1º en relación con el art. 850 de la L.E.Criminal. Entienden que, de la sentencia resulta manifiesta contradicción entre los hechos declarados probados, consignando también como tales conceptos que, por su carácter jurídico, implican la predeterminación del fallo.

5.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos los motivos alegados en el mismo; la Sala lo admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la votación y fallo del presente recurso el día 27 de Septiembre del año 2006.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr. se estima infringido el art. 22.6º C.P. por indebida aplicación de la agravante de abuso de confianza y por inaplicación del art. 252, en relación al 250.7 C.P.; todo ello respecto al delito de apropiación indebida.

1. Resulta confuso e inexplicable el planteamiento de este motivo, pues rechazando la defensa la aplicación de una atenuante genérica en un delito que por su estructura no la admite, propugna se aplique otra agravatoria (ésta específica) y por tanto con mayor fuerza exasperativa, cual es, "el abuso de relaciones personales" (art. 250.7 C.P.). Sin embargo, en el desarrollo del motivo parece argumentarse, lo que ya resulta más acorde con una responsable posición procesal de defensa, que tampoco resultaría de aplicación tal cualificativa del nº 7, por no concurrir el plus de desvalor exigido por la misma.

2. Respecto a la aplicación en un delito de apropiación indebida, sin más y sin especiales argumentaciones, la agravante común de abuso de confianza, constituye un dislate jurídico por lo

que supone de ataque frontal al principio de non bis in idem, que constituye una de las concretas manifestaciones del principio de legalidad.

La esencia del delito de apropiación indebida radica en un acto de deslealtad a la confianza depositada por el perjudicado, constituyendo la médula del mismo el abuso de tal confianza en la custodia de bienes ajenos.

El Fiscal comparte la indebida aplicación del art. 22.6 C.P., dado el principio de inherencia, consagrado en el art. 67 del C. Penal, pero no apoya la estimación del motivo por carecer de influencia en la determinación de la pena, lo que no es cierto, como puede fácilmente colegirse, toda vez que de concurrir en el hecho una sola atenuante sin agravante alguna la valoración individualizadora no puede ser la misma aunque la pena impuesta resulte legal por hallarse dentro de los márgenes impositivos que la ley permite.

El motivo debe admitirse.

3. Ante tal conclusión carece de sentido analizar la pretensión de la defensa, de que sin aplicar el tribunal una cualificativa de más intensidad que la agravante genérica se pretenda su estimación en un recurso con perjuicio de los intereses del propio acusado, y más sin haberla interesado el Fiscal, única parte acusadora.

La estimación de la circunstancia 7ª del art. 250 C.P. en el delito de apropiación indebida constituye una excepción, ya que los vínculos jurídicos que obligan a devolver o restituir lo recibido legítimamente origina unas relaciones personales de confianza que sólo cuando son especialmente relevantes podrían incidir en el delito de apropiación indebida.

Así pues, como tiene reiteradamente afirmado la jurisprudencia de esta Sala la aplicación del subtipo agravado del nº 7 del art. 250 queda reservado para aquéllos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción delictiva desde una situación de mayor confianza o credibilidad, propia de determinadas relaciones previas y ajenas a aquella relación que supongan en definitiva un plus de gravedad en el quebrantamiento de la confianza implícita o inherente al delito de apropiación indebida.

En el caso que nos ocupa la única confianza existente inter partes era la generada por la relación jurídica entablada, como consecuencia de la voluntaria participación del acusado en actividades de colaboración en el proyecto humanitario a que se refiere el factum. Antes ni siquiera se conocían los sujetos activo y pasivo del delito, como se deduce de los términos de la sentencia.

Por todo ello la estimación del motivo debe reducirse a la exclusión de cualquier agravación (común o específica) en el delito de apropiación indebida.

SEGUNDO.- En el correlativo ordinal alega un motivo que desglosa en dos, anclados en el art. 849-1º y 2º respectivamente, cuando ambos números o apartados son contradictorios. A través del error fáctico se pretende alterar el hecho probado por resultar erróneo, consecuencia de lo proclamado por un documento o documentos coincidentes de carácter fehaciente no contradichos por otras pruebas.

Por el contrario el nº 1 de ese artículo parte de la intangibilidad del hecho probado, considerando indebidamente subsumido el presupuesto fáctico en las normas penales sustantivas que se aplican.

1. Como documento para acreditar el error facti acude al folio 56 de las actuaciones, integrado por un informe del médico forense prestado a la hora de decidir la conveniencia del ingreso en prisión del inculpado. Dicho médico depuso en juicio oral también en su condición de perito. A su vez el tribunal sentenciador tuvo en consideración el informe del equipo de Salud Mental de Córdoba (folios

149 y 150) en el que se diagnosticaba un retraso mental discreto, más conducta antisocial. El forense de los juzgados de Córdoba emitió su opinión a los folios 154 y 155, concluyendo que el acusado no presenta enfermedad psíquica.

Únicamente presentaba trastorno de control de impulsos que se unía a una patología secundaria de retraso mental.

2. En base a tales consideraciones es patente que no posee el carácter de documento a efectos casacionales el folio 56, porque existen otros dictámenes no absolutamente coincidentes.

Pero además, cuando el perito o peritos son sometidos a contradicción en el plenario y explican y perfilan su dictamen, ya no es posible otorgarles en casación el carácter de fehaciencia exigido, en cuanto los posibles matices complementarios escapan a la intermediación del Tribunal Supremo.

Por otro lado, los dictámenes periciales que en esencia constituyen prueba personal, aunque se halle documentada, precisan de ciertos condicionantes para que puedan ser considerados documentos con virtualidad modificadora del factum, que la jurisprudencia de esta Sala ha resumido en los dos siguientes:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

De acuerdo con la doctrina expuesta es evidente que el relato probatorio de la sentencia no ha incorporado aspectos incontrovertibles de los dictámenes periciales de manera deformada, sino reflejándolos en su esencia como se deduce de los términos concisos en los que dicho relato se expresa.

3. Desde el punto de vista de un posible error iuris o indebida inaplicación del art. 21-1, en relación al 20-1º C.P., no puede prosperar la queja, ya que el factum, ahora inatacable (art. 884-3 L.E.Cr.), no da pie para estimar una atenuante de eximente incompleta. La sentencia en su fundamento 4º, desarrolla con amplitud la cuestión, descartando una oligofrenia relevante. A lo sumo nos hallaríamos ante una simple y dudosa debilidad mental, estimando que la patología más destacada es un trastorno de la personalidad, con limitada repercusión en la capacidad de control del sujeto.

El Tribunal no encontró afectada la capacidad de conocimiento y voluntad de forma intensa o notoria con efectos reductores relevantes en el grado de imputabilidad.

En este momento procesal no cabe llevar a cabo una interpretación o valoración diferente de los dictámenes periciales u otras pruebas practicadas sobre el grado de culpabilidad del sujeto activo, que es a donde pretende la defensa reconducir el motivo, cuando tal aspecto valorativo debe quedar fuera del cauce procesal que elige (Art. 849-2 L.E.Cr.).

El motivo debe rechazarse.

TERCERO.- En el último de los motivos, por quebrantamiento de forma, invoca el art. 851-1º L.E.Cr. estimando existente una contradicción en hechos probados, consignando en el factum conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, o incurriendo en una incongruencia omisiva o fallo corto.

1. Sin fundarlo debidamente alude a conceptos no bien enfocados.

La incongruencia omisiva prevista en el art. 851-3 L.E.Cr. no se ha producido. Dice el recurrente que el tribunal no se pronuncia sobre la improcedencia de estimar una atenuante de eximente incompleta, cuando realmente lo hizo con amplitud en el fundamento jurídico cuarto.

Sobre los conceptos predeterminantes no indica ningún término de exclusiva significación jurídica, que sustituya o suplante una parte del relato histórico sentencial, necesario para efectuar el juicio de subsunción.

Respecto a la contradicción en hechos probados viene a sostener que la frase referida a la imputabilidad del sujeto: "El acusado padece un trastorno de control de impulsos que se une a una patología secundaria de retraso mental, que si bien no le impiden conocer el alcance de sus actos, le reducen limitadamente su capacidad de oponerse a sus impulsos", se contradice abiertamente y es manifiestamente incongruente con los informes periciales obrantes en las actuaciones o en la declaración de un médico forense.

Como puede observarse el censurante halla la contradicción entre un aspecto del factum y determinadas pruebas del proceso. Mas, la contradicción debe aparecer en el factum entre sus propios términos (contradicción semántica) que impide llegar a conocer lo que el tribunal quiso relatar, todo ello con eficacia causal respecto al juicio subsuntivo y consiguiente fallo sentencial.

No es este el caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sostenida sobre el cauce procesal utilizado.

2. Por último, dentro del mismo motivo realiza una alegación que debe merecer acogida, aunque no la encauce procesalmente en forma adecuada.

Alude a la infracción del principio acusatorio, por el hecho de que no interesando la parte acusadora la estimación de la agravante de abuso de superioridad, ésta se aprecia en la sentencia, con manifiesto error. Y es cierto, la sentencia incurre en ese flagrante contrasentido al estimar una agravatoria no interesada. Es muy probable que se trate de una confusión, extrañamente no desvanecida en aclaración de sentencia, en el sentido de que quiere hacer referencia a la agravante de abuso de confianza.

El recurrente pudo haber acudido a la corriente infracción de ley por indebida aplicación del art. 22-2 C.P.

En cualquier caso, el motivo carece de sentido al haber sido estimado el primero, que conlleva la supresión de cualquier circunstancia de agravación, procediéndose a una nueva individualización de la pena en la segunda sentencia.

El motivo se estima parcialmente, suprimiendo del fallo de la sentencia la mención a la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

Las costas del recurso se declaran de oficio.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado A. A. R., por estimación del motivo primero y parcialmente el tercero, desestimando el resto de los motivos aducidos, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, con fecha quince de julio

de dos mil cuatro en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en dicho recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia

Provincial de La Coruña, Sección Sexta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Delgado García José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
2055/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 27/09/2006

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 925/2006

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Delgado García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los

Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional

que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Octubre de dos mil seis.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de Santiago de Compostela con el nº 25/2002 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección Sexta, contra el acusado A. A. R., nacido en Córdoba el 12/07/1969, hijo de Juan y Victoria, vecino de xxxx con DNI. nº xxxxxx; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala

Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano,

hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de La Coruña con fecha quince de julio de dos mil cuatro, incluso su relato de hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Respecto al delito de apropiación indebida deberá realizarse una nueva individualización. Suprimida cualquier agravación y concurriendo una atenuante, sin perder de vista los parámetros individualizadores del art. 249 C.P. en los que la escasísima cuantía de lo apropiado debe ser un elemento determinante, procede imponer la pena mínima de 6 meses de prisión.

III. FALLO

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado A. A. R., como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida en grado de consumación con la atenuante analógica de enfermedad mental a la pena de **SEIS MESES** de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo.

Se mantiene la condena por estafa y todos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia que no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Joaquín Delgado García José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

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