



Roj: **STS 338/2023 - ECLI:ES:TS:2023:338**

Id Cendoj: **28079120012023100060**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2023**

Nº de Recurso: **2441/2021**

Nº de Resolución: **46/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CR 340/2021,**  
**STS 338/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 46/2023**

Fecha de sentencia: 01/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2441/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2441/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 46/2023**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 1 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2441/2021 interpuesto por **Maximo**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Pérez Cruz y bajo la dirección letrada de D. Eduardo Estévez Cobos, contra la sentencia nº 5, dictada con fecha 8 de marzo de 2021, por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Secc. Primera, en Procedimiento Abreviado 25/2019, que condena a Maximo por **delito de estafa**.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que, al margen se expresan, se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el procedimiento abreviado 25/2019 (dimanante del PA 39/2017, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Manzanares), seguido ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real, con fecha 8 de marzo de 2021, se dictó sentencia condenatoria para Maximo con autor de un **delito de estafa**, que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Por unanimidad, declaramos expresamente probados los siguientes hechos:

**PRIMERO.-** Del análisis en conciencia de la prueba practicada pueden declararse como tales y así se declaran los que siguen:

Que sobre las 11'30 horas del día 7 de febrero de 2011, el acusado Maximo mayor de edad y sin antecedentes penales de común acuerdo con una mujer joven que no ha sido identificada, con ánimo de un enriquecimiento injusto, fingiendo ésta padecer una discapacidad, se aproximó a doña Miriam de 54 años de edad quien se hallaba en puerta de su domicilio sito en la CALLE000 num. NUM000 de localidad de La Solana, y le preguntó por la localización de un estanco o administración de lotería, momento en el que se acercó el acusado indicándole donde estaba. Así la mujer, con intención de aparentar una solvencia de la que carecía, manifestó que le había tocado la lotería y que llevaba en su bolso "estampas y papelitos" que los quería romper porque quería chucherías, mostrando a doña Miriam su interior muchos billetes de 50 euros. El acusado le dijo a la chica no identificada que no los rompiese, que se los entregase a doña Miriam y a él, manifestándole esta que para eso le tenía que dar más "papelitos", enseñándole doña Miriam varios billetes, pero le parecieron pocos. En ejecución del plan urdido, el acusado propuso a doña Miriam que fuese a su casa a buscar más dinero, haciéndole creer que de este modo la mujer le daría la bolsa conteniendo muchos más billetes que los que ella tuviese, repartiéndoselos entre ambos el dinero, a sabiendas de no le iba a dar ningún dinero.

Así doña Miriam accedió a su domicilio en compañía del acusado mientras la mujer no identificada, se quedó esperándole en el vehículo Seat Toledo azul con matrícula ....NKD. Una vez en su interior doña Miriam cogió dos sobres que tenía en el comodín de su dormitorio uno con un billete de 20 euros y otro con 65 euros en diferentes billetes, regresando de nuevo al vehículo donde estaba la mujer y tras enseñarle los sobres y el dinero dijo que era poco y que quería más. De nuevo regresan al domicilio doña Miriam y el acusado, y adentrándose en su interior se desplazaron hasta un cuarto de baño que tenía un falso techo, tuvo que coger una escalera para desplazarlo y cogió un caja de cartón de la marca Nesquik de tres kilos de capacidad donde se hallaban 200.000 euros envueltos en papel de aluminio y se los entregó al acusado, yendo al vehículo donde les aguardaba la mujer quien en este ocasión cuando le exhibieron el dinero acepto, pero dijo que necesitaban una bolsa de plástico para guardar los "papelitos". Doña Miriam se introdujo en el vehículo y el acusado junto con la mujer se trasladaron hasta una tienda para comprar la bolsa, aparcando en la C/ Emilio Nieto, saliendo del vehículo él acusado y rellenando la bolsa con toallitas de papel. A continuación, siguieron su marcha hasta las afueras del pueblo para hacer el cambio del dinero, según le manifestó el acusado. Al llegar a la C/ Humilladero, doña Miriam se bajó del vehículo entregándole el acusado la caja de Nesquik vacía y la citada bolsa cerrada manifestándole que en su interior se hallaba el dinero de la presunta incapaz, que regresara a su domicilio y que le esperase allí sin abrir la bolsa hasta que el volviese para repartir el dinero, manifestándole que iba acompañar a la incapaz a una residencia.

De este modo la mujer no identificada y el acusado huyeron con el dinero que previamente le había entregado doña Miriam, quien al llegar a su domicilio abrió la bolsa y comprobó que en su interior solo había toallitas de papel. El dinero sustraído era propiedad de doña Miriam y de su esposo don Candido.



La causa ha estado paralizada por causas no imputables al acusado desde 9 de agosto de 2011 cuando se dictó auto de sobreseimiento provisional hasta el 30 de mayo de 2016 que se reabrieron las diligencias previas para su instrucción".

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

" **POR UNANIMIDAD:** Que debemos condenar y condenamos a Maximo , como autor criminalmente responsable de un **delito de estafa** agravada en razón de la cuantía, con concurrencia de la circunstancias atenuante de responsabilidad penal de dilaciones indebidas muy **cualificada** imponiéndole la pena de **UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el cumplimiento de la condena Y MULTA DE CUATRO MESES A RAZÓN DE 10 EUROS DIARIOS CON RESPONSABILIDAD PERSONAL SUBSIDIARIA DE UN DIA DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD POR CADA DOS CUOTAS IMPAGADAS** y a que indemnice a Miriam y Candido en la cantidad de 200.000 euros más los intereses legales previstos en el art. 576 de la L. e. Civil y al pago de las costas procesales causadas,

Y para el cumplimiento de la pena le será de abono al acusado el período de prisión preventiva sufrida por el mismo por la presente causa".

**TERCERO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Maximo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** La representación legal de Maximo alegó los siguientes **motivos de casación:**

1. "**PRIMER MOTIVO.** - POR INFRACCIÓN DE LEY al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de defensa del artículo 24.2 de la Constitución Española".

2. "**SEGUNDO MOTIVO.** POR INFRACCIÓN DE LEY. A tenor del artículo 849 BIS C b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se establece que se entenderá infringida la Ley a los efectos del recurso de casación, cuando dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal".

3. "**TERCER MOTIVO.** POR INFRACCIÓN DE LEY. A tenor del artículo 849 BIS C b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se establece que se entenderá infringida la Ley a los efectos del recurso de casación, cuando dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones, se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal".

4. "**CUARTO MOTIVO.** POR INFRACCIÓN DE LEY. A tenor del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se establece que se entenderá infringida la Ley a los efectos del recurso de casación, cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basados en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios".

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal impugna los motivos PRIMERO, SEGUNDO y CUARTO del recurso de casación, interesando su INADMISIÓN por incurrir en las causas legales de inadmisión previstas en los artículos 884.3º, 884.4º y 885.1º LECrim; y subsidiariamente, su desestimación, y solicita que el motivo TERCERO sea estimado en los términos expresados en su informe de fecha 13 octubre de 2021.

La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 31 de enero de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Primer motivo: por infracción de precepto constitucional, en concreto del art. 24.2º CE, esto es, por conculcación del derecho fundamental a la presunción de inocencia ( art. 5.4 LOPJ), e, igualmente, por vulneración del principio *in dubio pro reo*.

1. Ha sido prueba básica para determinar la condena en la instancia, la prueba pericial lofoscópica, que identifica las huellas del acusado en la caja de cartón donde se encontraba el dinero del que se apoderó, a partir de cuyo indicio construye su discurso lógico inductivo el tribunal sentenciador, para dar por probada la autoría, cuya solidez y racionalidad se cuestiona en el motivo.



1.1. Planteado el motivo en estos términos, conviene comenzar por unas consideraciones doctrinales en relación con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, que podemos tomar de la STS 561/2022, de 8 de junio de 2022, en la que, reproduciendo jurisprudencia de esta Sala, se puede leer lo siguiente:

"Como explican numerosas resoluciones de esta Sala (SS 1126/2006, de 15 de diciembre, 742/2007, de 26 de septiembre, y 52/2008, de 5 de febrero), cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal a quo contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho delictivo y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción; comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia ( STS 1125/2001, de 12 de julio).

Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento, hasta la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria en relación a aquellas sentencias dictadas en procedimientos tramitados al amparo de la legislación anterior, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria de cargo sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, lo que comprende el examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba y el proceso de formación y obtención de la prueba. Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( artículo 9.1 CE); o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio nemo tenetur ( STS 1030/2006, de 25 de octubre).

No se trata de que este Tribunal compare la valoración probatoria efectuada por la Audiencia y la que sostiene la parte que recurre o cualquier otra posible, sino, más limitadamente, de comprobar la regularidad de la prueba utilizada y la racionalidad del proceso argumentativo. Además, no es posible valorar nuevamente las pruebas personales, respecto de las cuales esta Sala carece de inmediación".

1.2. Y, puesto que estamos ante una prueba indiciaria, conviene también recordar que, respecto de ella, tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la de esta Sala, han reconocido su validez para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia ( SSTS 500/2015, de 24 de julio y 797/2015, de 24 de noviembre, así como las SSTC 133/2014, de 22 de julio y 146/2014, de 22 de septiembre). A falta de prueba directa de cargo, la prueba indiciaria también puede sustentar un pronunciamiento condenatorio siempre que se cumplan determinados requisitos: a) el hecho o los hechos base (indicios) han de estar plenamente probados; b) los hechos constitutivos del **delito** deben deducirse precisamente de estos hechos base; c) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso que el órgano judicial exteriorice los indicios y que aflore el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y d) este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o de la experiencia común.

En todo caso, la doctrina constitucional refleja que solo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada" ( STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4 y 23), debiendo rechazarse las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado [...]".

En el mismo sentido, de este Tribunal, sobre el tratamiento de la prueba indiciaria, podemos traer una cita que recogemos de nuestra Sentencia 238/2016, de 29 de marzo de 2016, en a que decíamos como sigue:

"En cuanto al control de la suficiencia de la inferencia obtenida a partir de los hechos base acreditados, la STS núm. 77/2014, de 11 de febrero y las que allí se citan ( SSTS 744/2013, 14 de octubre; 593/2009, 8 de junio;



y 527/2009, 27 de mayo) señalan que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. Pues el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes".

2. A partir de las anteriores consideraciones, y acudiendo a la prueba indiciaria que ha sido base de la condena, consideramos que el tribunal sentenciador ha hecho un análisis de la participación del condenado en los hechos delictivos por los que se le condena, que, por lo demás, no se discuten, para, partiendo de una prueba principal, valorar los indicios que la corroboran de una manera lógica e interrelacionada, y no de forma deslavazada e inconexa entre ellos, como hace el recurrente, quien los interpreta a conveniencia e interesadamente, pretendiendo que su criterio se imponga al imparcial del tribunal sentenciador, que, dicho sea de paso, ha dictado una sentencia bien detallada y estudiada.

En consecuencia, puesto que a la prueba practicada no se le ha puesto tacha de ilegalidad, y puesto que tampoco nos corresponde entrar en una nueva valoración de esa prueba practicada en la instancia, nos centraremos en lo que entra dentro de nuestro control casacional, a saber, de qué prueba se trata y si, de su resultado, ha llegado a unas conclusiones racionales y razonables el tribunal sentenciador, esto es, en la suficiencia de la prueba practicada y la racionalidad del juicio de inferencia en el discurso valorativo hecho por el tribunal ante cuya presencia se practicó, que es, en realidad, en torno a lo que gira el desarrollo del motivo, de manera que, constatado que ello se cumple, ahí queda nuestra función y la consecuencia habrá de ser la desestimación del motivo.

3. El tribunal sentenciador dedica el primer fundamento de su sentencia a valorar la prueba practicada a su presencia, en cuya valoración habla de la especial potencia acreditativa que, según constante jurisprudencia, tiene la prueba pericial lofoscópica, cuestión que, por lo demás, no se cuestiona en el motivo, en el que, asumido que la identificada se corresponde con el acusado, su línea discurre por el argumento de que, si, efectivamente, aparece en la caja de cartón donde se encontraba el dinero, se pudo deber a que tuviese contacto con ella en otro momento, no en el mismo en que se apoderó del dinero.

En este sentido, se plantea como hipótesis defensiva que el acusado podía haber tocado la caja cuando estaba en un supermercado, por lo tanto, antes de suceder los hechos, lo que se pone en relación con información que proporcionan los peritos sobre la duración de las huellas en determinados objetos, que, según las circunstancias, podría durar más de 70 días.

Dicha hipótesis ya fue planteada en la instancia, y obtuvo respuesta en la sentencia recurrida, cuando argumenta, para descartarla que "tampoco resulta factible que la hubiese tocado cuando estaba en un supermercado, pues la persistencia de las huellas se difuminan con el tiempo y si tenemos en cuenta que en el interior de la caja se hallaban 200.000 euros y que no se introdujeron de una sola vez sino de forma paulatina las huellas no perduran, sino que por el escaso tiempo transcurrido desde que tocó el acusado la caja y la entrega a los Agentes de la Guardia Civil, en concreto el mismo 7 de febrero de 2011, cuando estuvo en el domicilio de doña Miriam y este la cogió para extraer el dinero de su interior y después devolvérsela. Las huellas dactilares impregnadas en un objeto se borran con facilidad transcurrido cierto tiempo y además que una huella puesta sobre otra elimina la anterior, solo cabe extraer una conclusión, de que el acusado participó en tal hecho, siendo ésta la única explicación razonable de que sus huellas aparezcan en la caja y unido ello a la declaración de la víctima que como hemos indicado fue clara y contundente en cuanto al acontecer de los hechos y la claridad meridiana en cuanto al particular que le entregó la caja de cartón".

Y, efectivamente, con anterioridad analiza el testimonio de la víctima, cuya declaración la consideró en tribunal sentenciador "clara y contundente en lo esencial y persistente en el tiempo", pero de lo que se discrepa en el motivo, en lo que aporta en relación con la identificación del acusado, a cuyo respecto se alega que la víctima no reconoció en juicio al acusado en sentido positivo, no obstante las consideraciones que hace la sentencia para dotar de un valor suficiente como elemento de corroboración un reconocimiento fotográfico de él en sede policial, que es desde el punto de vista que lo tiene en cuenta la sentencia; y es que una cosa es que, como tal, no tenga valor probatorio, y otra que no exista y se ignore, que es lo que no hace el tribunal sentenciador, que lo tiene en cuenta como elemento de corroboración.

Efectivamente, se trata de un reconocimiento fotográfico hecho ante la Guardia Civil, no ratificado en juicio y del que la propia sentencia admite que no hay una certeza absoluta, y explica que la víctima "expuso que no estaba segura, pero que en un porcentaje del 80 % creía que era él", y, precisamente por esa duda, no lo toma como elemento de convicción, "pero sí que es un indicio endeble, pero corroborador de que es el acusado el autor de



los hechos como a continuación se expondrá, en relación a otros elementos probatorios determinantes", entre ellos la identificación de un vehículo, sobre cuya presencia en el lugar de los hechos habla después.

Se trata del vehículo Seat Toledo azul, matrícula ....NKD , que la sentencia da por probado que se encontraba a las puertas del domicilio mientras se desarrollaban los hechos dentro del mismo, respecto del cual explica la sentencia que la víctima identificó un vehículo por su color azul, aunque no en cuanto a su matrícula y marca, y tiene en cuenta el testimonio del agente NUM001 , quien, entre las diligencias de investigación que realizó y teniendo en cuenta el color azul del coche que había dicho la víctima, pudo identificar, según propia experiencia, a través del visionado de unas imágenes, un SEAT Toledo, y que en la base de datos aparecía que el padre del acusado había adquirido el 12 de noviembre de 2010 uno azul, matrícula ....NKD , que vendió el 7 de julio de 2011, valoración probatoria que rechaza el recurrente, que cuestiona, por cuanto estos datos no están documentados en autos, lo que así dice la sentencia, pero que, no obstante lo cual, los da por probados en atención a la prueba testifical con que se introdujeron en juicio y dentro de esa misión de valoración conjunta de todo el acervo probatorio aportado en él.

Como decíamos más arriba, no se trata de que este Tribunal compare la valoración de la prueba realizada por la Audiencia, con la que propone el recurrente, sino que hemos de centrarnos en el juicio de racionalidad que demanda nuestro control casacional, desde el que consideramos que esa valoración, hecha por el tribunal ante cuya presencia se practicó, es racional y razonable, habida cuenta que ha expuesto los indicios que han llevado al convencimiento de la autoría del acusado, y, habiéndolo hecho de la manera interrelacionada que indica la jurisprudencia apuntada, no deslavazada e inconexa, hemos visto que todos ellos apuntan en el mismo sentido hacia el condenado recurrente, lo que ha permitido al tribunal sentenciador llegar al pronunciamiento de condena, al tener acreditada la autoría más allá de toda duda razonable.

Procede, pues, la desestimación del primer motivo de recurso.

**SEGUNDO.-** Se formula un segundo motivo por infracción de ley, de precepto penal de carácter sustantivo y, aunque se menciona el art. 849 BIS C d) LECrim., entendemos que es un error, porque, al margen de que dicho artículo no existe, el enunciado se corresponde con el propio de un motivo por *error iuris* del art. 849.1º LECrim.

En el breve extracto con que inicia el motivo, dice el recurrente: "consideramos que los hechos declarados probados no integran jurídicamente el delito de estafa denunciado, por dos motivos, el primero de ellos, porque la denunciante no describió en el Plenario en qué consistió la maniobra defraudatoria que le llevó a realizar el desplazamiento patrimonial y el segundo de ellos, porque, aún en el caso de admitirse como hace la Sentencia que aún sin explicar el mecanismo defraudatorio los hechos se corresponderían con un timo, el engaño no podría considerarse bastante, por burdo y haber sido la propia denunciante quien contribuyó a la producción del resultado".

En coherencia con ello, desarrolla el motivo en dos bloques, y en dos apartados daremos respuesta a cada uno de ellos.

1. En primer lugar, por lo que se refiere a la falta de concreción por parte de la denunciante del mecanismo defraudatorio, alega el recurrente que ésta en el Plenario no relató cómo se sucedieron los hechos, el motivo por el cual atendió al requerimiento de dos desconocidos entregándoles una suma tan importante de dinero, con lo cual está derivando el motivo al que es más propio de un motivo por *error facti*, del art. 849.2º LECrim., como, de hecho, lo corrobora cuando mantiene que la declaración de la testigo no es suficiente, sin, por lo demás, pasar por los estrechos y precisos márgenes que impone el mismo, que, solo cabría que prosperase si el error en la apreciación de la prueba se basase en un documento literosuficiente con incidencia, por sí solo, en el resultado del juicio, que no cita el recurrente.

Sí admite el recurrente que, de la descripción fáctica que hace el M.F. en su escrito de conclusiones, se desprende en abstracto el encaje de ésta en el tipo por el que se acusa, lo que, sin ser definitivo ni vinculante, sí apunta una pauta que choca con el resto de las alegaciones, porque, por razones de congruencia, si relata unos hechos a los que asocia una calificación jurídica, con arreglo a lo dispuesto en el art. 656 LECrim., debiera haber aportado la prueba de que intentara valerse para que prospere su acusación, por lo tanto, la acreditativa de esos hechos.

Cierto que lo anterior no nos valdría para desestimar el motivo, pero a lo que sí podemos acudir para tal desestimación es a que, tal como se desarrolla, adentrándose en cuestiones probatorias, decir, en línea con el M.F., que esas alegaciones que hace "caen fuera del cauce casacional del art. 849.1 LECrim. que tiene como presupuesto ineludible el respeto a los hechos probados".

En todo caso y, al margen de lo anterior, consideramos que el hecho probado de la sentencia sí describe la maniobra engañosa de que fue objeto la denunciante, y lo hace con extensión, pues el relato que realiza se corresponde con el que es conocido tradicionalmente como timo de la "estampita", y luego, en



la fundamentación, explica por qué llega a ello, de entre cuyas consideraciones hay una que nos parece determinante, que es cuando explica que la víctima "cuando prestó declaración desde en las dependencias de la Guardia Civil lo hizo abatida teniendo en cuenta que había sido víctima de un engaño [...]"; para a continuación añadir que "allí expuso detalladamente como había sucedido, lo ratificó en el Juzgado de Instrucción e igualmente en el acto del juicio en lo esencial mantuvo su versión de los hechos", por lo que, si esto es así, ha contado el tribunal con una prueba testifical, que ya hemos dicho que ha considerado "clara y contundente en lo esencial y persistente en el tiempo", y que bien por lo que expresamente manifestó en el Plenario, bien por lo que ratificó de las declaraciones anteriores, es prueba válida y suficiente para que formara el criterio que formó.

En cualquier caso, y junto a lo anterior hay un pasaje en el que el tribunal, en el contexto en que hay que poner la valoración del testimonio de la víctima, deja ver la maniobra engañosa de que fue objeto, cuando refiriéndose a ella dice: "no puede soslayarse que realmente pretendía obtener cuantitativamente más dinero del que poseía, y por eso accedió a entregarlo, y lo hizo teniendo en cuenta las circunstancias que concurrían de un lado que el acusado ya empleo los medios necesarios para conseguirlo haciéndole creer que tenía mucho dinero la joven que aparentaba tener cierta discapacidad mental y que a esta la contentarían con darle lo que ella tenía, en definitiva se fío de él y de su ardid para entregarle el dinero que poseía".

2. En el segundo bloque del motivo mantiene el recurrente que el engaño no podría considerarse bastante, por burdo y haber sido la propia denunciante quien contribuyó a la producción del resultado, y acude a la doctrina del mínimo deber de autoprotección de la víctima, como elemento que diluiría la condición de bastante al engaño con que se define el **delito de estafa**.

No negaremos que, en el origen de timos como el que nos ocupa, puede encontrarse una ambición más que discutible y poco legítima, pero ello no justifica la actuación de quien pone en escena la representación que induce al desembolso patrimonial, en que el estudio y elección de la víctima y sus circunstancias de todo tipo, con vistas a que el fraude se consume, es un factor fundamental, pues, en definitiva, no deja de estar en ello el ardid engañoso que define el **delito de estafa**. Con este enfoque hemos de analizar la cuestión y para ello nos sirve de utilidad una asentada jurisprudencia, de la que tomamos lo que decíamos en STS 852/2022, de 27 de octubre de 2022:

"En cuanto a la argumentación de que no puede hablarse de engaño bastante pues una mínima exigible autotutela de sus intereses por parte del perjudicado hubiese evitado sin dificultad el engaño y por tanto, la disposición patrimonial, en recientes sentencias 210/2021, de 9-3; 744/2021, de 5-10; 111/2022, de 10-2, hemos dicho que el concepto calificativo de "bastante" que se predica en el precepto del engaño ha sido objeto tradicionalmente de gran discusión doctrinal, y en este sentido se ha considerado, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera "mise en scene" capaz de provocar error a las personas más "avispadas", mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura ( STS. 1243/2000 de 11.7).

La STS. 1508/2005 de 13.12 insisten en que la doctrina científica y la jurisprudencia coinciden en afirmar la dificultad para calificar de bastante una conducta engañosa. Suele afirmarse que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa.

Por ello -hemos dicho en la STS. 918/2008 de 31.12- que modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad" en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la **estafa** esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la **estafa** no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado módulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Quiere esto decir que únicamente el burdo engaño, esto es, aquel que puede apreciar cualquiera, impide la concurrencia del **delito de estafa**, porque, en ese caso, el engaño no es "bastante". Dicho de otra manera: el engaño no puede quedar neutralizado por una diligente actividad de la víctima ( Sentencia 1036/2003, de 2 de septiembre), porque el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del **delito**, no se consumaría nunca una **estafa** y quedarían extramuros del derecho penal aquellos comportamientos que se aprovechan la debilidad convictiva de ciertas víctimas (los timos más populares en la historia criminal, estampita, engaño de la máquina de fabricar dinero o "filomish", billete de lotería premiado o " tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...)".

De la doctrina expuesta, nos parece significativo el inciso final de este último párrafo, pues, a partir de él, podemos concluir que, en la medida que la **estafa** se consumó, es porque se puso en escena un ardid lo suficientemente convincente y eficaz como para que la víctima fuera engañada, y ello tuvo que pasar por la elección de la persona que el estafador entendió que era propicia, por sus circunstancias, personalidad o características personales, que pudo valorar el tribunal sentenciador por razón de la inmediación con que captó su testimonio y presencia en juicio, como se trasluce en los hechos probados, en que deja muestras de la facilidad para la manipulación y convencimiento de la víctima hasta ganarse su confianza y la habilidad por parte del acusado para hacerla caer en la trampa que le preparó. El hecho mismo de entregar una cantidad tan elevada a un desconocido es un acto que, si no es movido por alguna circunstancia legítima, que, en el caso no la hay, solo se puede entender que sea producto de algún tipo de ardid que vicie la voluntad de quien lo entrega, que en esto consiste el **delito de estafa**, entendida como perjuicio patrimonial ocasionado mediante engaño, y si ello lo ponemos en relación con que, a la hora de valorar la suficiencia del engaño, la regla general es que solo quiebre en situaciones muy concretas y excepcionales, también este particular del motivo ha de ser rechazado.

Procede, por tanto, la íntegra desestimación del motivo.

**TERCERO.**- Como tercer motivo, en que se vuelve a citar el art. 849 BIS C b) LECrim., se articula por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, estimándose que los preceptos infringidos serían los arts. 250.5, 21.6 y 66.2 CP.

Se queja el recurrente de que la pena impuesta en la sentencia recurrida ha incurrido en un error, al fijarla en UN año y CUATRO meses de prisión y multa de CUATRO meses, con una cuota de diaria de 10 euros, pues parte de que la pena que corresponde al **delito de estafa** del art. 248, en relación con el 250.1.5º, por el que condena es de dos a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, a partir de las cuales procede a la reducción en un grado, y la establece en un año y cuatro meses, de conformidad con el art. 66.2, en aplicación de la atenuante muy **cualeficada** de dilaciones indebidas.

Sucede, sin embargo, que la pena prisión de referencia, esto es, la correspondiente al **delito de estafa** del art. 248, subtipo agravado del art. 250.1.5ª, no es la de dos a seis años de prisión, sino de uno a seis, por lo que la pena imponible, tras dicha rebaja, será de seis meses a un año menos un día de prisión, de manera que, teniendo en cuenta, porque nos parecen asumibles, las consideraciones que hace el tribunal sentenciador al individualizar la pena, incluidas las que da para, incluso considerando la atenuante como muy **cualeficada**, solo reducirla en uno y no en dos grados, y no llevarla al mínimo imponible, en esa línea nos parece ajustada una pena de prisión de OCHO meses.

En lo que a la pena de multa se refiere, al ser correcta la establecida en la sentencia de instancia, se mantiene en la extensión que en ella se fijó.

Procede, por tanto, la estimación del motivo.

**CUARTO.**- Se alega un cuarto motivo, por infracción de ley, a tenor del art. 849.2 LECrim, por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Planteado el motivo por *error facti* del art. 849.2º LECrim., nos obliga a pasar por los precisos y estrechos cauces que el mismo impone, ante lo cual, tal como se plantea, está abocado al fracaso, por cuanto que, según se desarrolla, no lo respeta, ya que, de conformidad al texto del artículo, cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo, como suele ocurrir cuando se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, para desbordar este.



En realidad, el motivo, en su desarrollo, lo que hace son consideraciones propias de una mecánica de reevaluación de una prueba no practicada a nuestra presencia, desde una dinámica en la que no cabe que entre este Tribunal de Casación por carecer de principios tan fundamentales en materia de valoración de la prueba como el de inmediación y contradicción, alegando el recurrente que, "si se analizan los documentos incorporados a las actuaciones se desprende que no es posible que los denunciados ahorraran esa cantidad, ya que los ingresos declarados del IRPF de los últimos 5 años arrojan cantidades ínfimas, y las extracciones (sumadas todas ellas y sin deducir ningún gasto corriente, como manutención, vivienda, luz, vestuario, etc.) tampoco llegarían a esa cifra de los 200.000 euros", alegación que se pone en relación con que, si no se da por probado que fuera esa cantidad la apropiada, y, suprimiendo el subtipo agravado del art. 250.1.5º CP, nos quedamos en la **estafa** básica del art. 248 y 249, cuya pena de prisión es de seis meses a tres años, y el **delito** estaría prescrito, pues el plazo de prescripción, de conformidad con el art. 131 CP, sería de cinco años, tiempo transcurrido desde el 15 de febrero de 2011, en que se incoaron las diligencias previas y se acordó su sobreseimiento, hasta el 30 de mayo de 2016, en que se acordó su reapertura.

Si, como decíamos, en el proceso penal no se ha de reconocer preferencia a la prueba documental sobre ninguna otra, y entre esa otra hay una prueba testifical, y la valoración de la prueba ha de ser de la que se realice, en su conjunto, de la totalidad del acervo probatorio, habremos de pasar por la realizada por el tribunal sentenciador, pues ante él se ha practicado toda esa prueba, habiendo dado primacía a la prueba testifical, sobre la documental, y dando una serie de explicaciones, que nos parecen razonables.

En efecto, el tribunal sentenciador, ante el que se planteó igual argumento que el que ahora se repite, ha contado con el testimonio de los denunciados, que no se puede obviar que ha sido prestado bajo juramento, quienes ofrecen una serie de detalles que hacen razonable la credibilidad que les otorga en su sentencia, como explica en el fundamento de derecho segundo, donde, frente a igual alegación expuesta por la defensa, de que la cantidad no podría alcanzar esos 200.000 euros, porque se deberían descontar determinados gastos, se valora la mayor o menor capacidad de ahorro de cada persona, así como a la disponibilidad de cada cual, o que, en el caso, se incrementaron sus ahorros con el dinero procedente de una venta de una finca, o se refiere al tiempo durante el que se estuvo guardando dinero en la caja, que lo calcula a lo largo de varios años, o las distintas fuentes de ingresos, de las que también habla la sentencia recurrida, de manera que, tras ponderar éstas y otras circunstancias más que se recogen en el fundamento, concluye el tribunal con que "lo que avalan es la realidad que el montante defraudado asciende a 200.000 euros".

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**QUINTO.-** Habiendo sido estimado el tercero de los motivos del presente recurso, de conformidad con el art. 901 LECrim., procede declarar de oficio las costas ocasionadas con motivo del mismo.

## FALLO

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

**HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Maximo contra la sentencia 5/21, dictada con fecha 8 de marzo de 2021 por la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en Procedimiento Abreviado 25/2019, que se casa y anula, en el particular relativo a la pena de prisión en ella impuesta, que se deja sin efecto, declarando de oficio las costas del presente recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado tribunal sentenciador a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2441/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Segunda Sentencia**



Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 1 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el Recurso de casación nº 2441/2021, interpuesto por Maximo , contra la sentencia nº 5, dictada con fecha 8 de marzo de 2021, por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Secc. Primera, que, notificada, fue recurrida en casación por su representación procesal, sentencia que ha sido casada y anulada por la anterior sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** En el fundamento de derecho tercero de la primera sentencia se han expuesto las razones por las que hemos estimado, con apoyo del M.F., el tercero de los motivos de recurso y, en consecuencia, corregido la pena de prisión de un año y cuatro meses que venía impuesta en la sentencia de instancia, por la de ocho meses, por lo que lo que en el mismo dijimos nos remitimos.

### FALLO

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

**MANTENER** la condena por el **delito de estafa** por el que viene condenado de la instancia Maximo en todos sus extremos, excepción hecha de la pena de prisión, que se **MODIFICA** y, en lugar de la de un año y cuatro meses, se fija en **OCHO meses**. En lo demás, se ratifican el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.

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

Así se acuerda y firma.