



Roj: **STS 13/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:13**

Id Cendoj: **28079120012021100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **1169/2019**

Nº de Resolución: **38/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PABLO LLARENA CONDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 38/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1169/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Procedencia: Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera

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

Transcrito por: sop

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1169/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 38/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación 1169/2019 interpuesto por Magdalena (también aparece como Marisa), representado por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón bajo la dirección letrada de don Daniel Muntada Artilles, contra la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera, en el Rollo Penal Abreviado 1029/2018, en el que se condenó la recurrente como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa de los artículos 248, 249 y 74 del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, así como don Carlos Alberto (acusación particular), representado por la procuradora doña María del Rocío Sampere Meneses bajo la dirección letrada de doña Olivia Soto Salvia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Irún incoó Procedimiento Abreviado 136/2015 por delito continuado de estafa, contra Magdalena (Marisa), que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, Sección Primera. Incoado el Rollo de Procedimiento Abreviado 1029/2018, con fecha 17 de diciembre de 2018 dictó sentencia n.º 268/2018 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

" **PRIMERO.-** La acusada, Magdalena, nació el NUM000 -1988, reside en Murcia y es titular del DNI nº NUM001 desde que adquirió la nacionalidad española el 12-12-2016.

SEGUNDO.- Dicha acusada, actuando con ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial y utilizando artificio bastante, inició una relación sentimental a distancia con el denunciante Carlos Alberto, residente en Irún, hasta el punto de hacerle creer en un proyecto de vida en común y decidieron comprarse una vivienda en Kenitra (Marruecos), localidad de origen de la acusada. Para ello, ésta le envió un plano de la vivienda y el denunciante le realizó en el verano de 2014, además de regalos como un anillo de pedida matrimonial:

- Un ingreso en efectivo en la cuenta NUM002 de la acusada de la cantidad de 1.000 euros el día 10-7-2014.
- Cinco transferencias los días 11, 14, 16, 21 y 22-7-2014 por las cantidades de 3.000, 3.000, 2.000, 3.000 y 1.500 euros, respectivamente, remitidas desde su cuenta en el BBVA a la referida cuenta de la misma entidad, de la acusada.

TERCERO.- Apoyándose en esa relación de pareja que hizo creer al denunciante que iba a continuar manteniendo con él, le dijo que necesitaba la cantidad de 1.500 euros y le pidió que se la enviara, lo que realizó el denunciante el día 16-8-2014 mediante Western Union, para ser entregado en dirhams marroquíes.

CUARTO.- El total del dinero enviado por el denunciante a la acusada es de 14.989,10 euros. La acusada se apropió de dicho dinero, no lo empleó en la compra de la vivienda que acordó con el denunciante y dejó de contestar a las llamadas de éste, sin que tenga conocimiento del paradero del dinero."

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLAMOS

1º.- **CONDENAMOS A** Magdalena, como autora de un delito continuado de estafa de los artículos 248.1, 249 y 74º del Código Penal, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

2º.- **CONDENAMOS a dicha acusada** a indemnizar a Carlos Alberto en la cantidad de 14.989,10 euros, más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia, hasta el completo pago y

3º.- **CONDENAMOS a la misma acusada** al pago de las costas procesales devengadas en la presente causa, incluidas las de la acusación particular ejercitada por Carlos Alberto."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación procesal de Magdalena, anunció su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso formalizado por Magdalena, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 248, 249 y 74 del Código Penal.



Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por vulneración del derecho fundamental a la inexistencia de prueba de cargo suficiente y por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del principio "in dubio pro reo", previsto en el artículo 24 de la Constitución Española.

Tercero.- (Numerado también como segundo por la recurrente) Por infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 74.1 del Código Penal (continuidad delictiva).

Cuarto.- Por infracción de ley, error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos, al amparo de lo dispuesto en el n.º 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, Carlos Alberto en escrito con entrada el 21 de junio de 2019, y el Ministerio Fiscal en el de entrada el 1 de julio de 2019, solicitaron la inadmisión e impugnaron de fondo los motivos del recurso e interesaron su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, comenzó la deliberación el día 20 de enero de 2021 prolongándose hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en su Procedimiento Abreviado n.º 1029/2018, dictó sentencia en la que condenó a Magdalena como autora criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los previsto y penados en los artículos 248, 249 y 74 del Código Penal, imponiéndole las penas de prisión por tiempo de dos años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Contra dicha resolución se interpone el presente recurso, que la representación de la acusada estructura en cuatro motivos.

1. El primero de ellos se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente aplicados los artículos 248, 249 y 74 del Código Penal.

La formulación del motivo incurre en la habitual incorrección técnica de encauzar como infracción de ley del art. 849.1 LECRIM (que exige de la aceptación del relato de hechos probados para cuestionar su subsunción en el tipo penal aplicado), lo que no es sino una discrepancia con las conclusiones fácticas obtenidas por el Tribunal.

El recurso se opone a la aplicación de los preceptos penales sustantivos dispuestos por el Tribunal de instancia, no por entender que existe una defectuosa técnica de aplicación de los preceptos sancionadores, sino sencillamente porque entiende que no se produjo la realidad que el Tribunal declara acontecida, lo que en vía casacional debería ser introducido mediante los instrumentos que la ley procesal habilita, en sus artículos 849.2 y 852, para revisar la relación de hechos probados.

En todo caso, pese a su erróneo planteamiento, la cuestión debe ser analizada por la Sala en la medida en que la misma objeción se plantea adecuadamente en el segundo de los motivos formulados, donde además de invocar un quebranto del derecho de presunción de inocencia del artículo 24 de la CE, el recurrente denuncia el eventual quebranto del principio de *in dubio pro reo*.

2. Argumenta el motivo que el material probatorio que se obtuvo en el plenario, en modo alguno acredita la comisión del delito de estafa por el que se ha condenado a la acusada.

Niega que se haya probado que el denunciante Carlos Alberto haya sido engañado, pues la ficha técnica del proyecto de construcción de un edificio con el que supuestamente se incitó a Carlos Alberto a hacer los pagos (documentos obrantes a los f. 9 y 10 de la causa), está escrita en idioma francés, sosteniendo el recurso que la ley no da margen probatorio a documentos que no estén redactados o traducidos a una de las lenguas oficiales del lugar del enjuiciamiento.

Destaca, además, que no se ha acreditado quien era el titular de la cuenta bancaria desde la que se afirma haber transferido el dinero supuestamente defraudado, ni que la recurrente fuera la beneficiaria de esos trasvases bancarios de dinero.

Añade que tampoco existe prueba de que fuera ella quien recibió el montante de dinero que se dice enviado a través de la compañía Western Unión.



Por último concluye, con carácter más general, que carece de lógica la versión suministrada por el denunciante sobre algunos detalles de su narración, como cuando dice que recibió por fax los documentos anteriormente referidos, siendo que los documentos presentados carecen de reporte de fax.

3.1. La invocación del recurrente del principio *in dubio pro reo* obliga a recordar, una vez más, que dicho principio presupone la existencia de la presunción de inocencia, pero que se desenvuelve en el estricto campo de la valoración probatoria, esto es, en la labor que tiene el Tribunal de enjuiciamiento de apreciar la eficacia demostrativa de la prueba practicada.

Este principio informador del sistema probatorio se configura como una máxima dirigida al órgano decisor para que atempere la valoración de la prueba a criterios favorables al acusado, cuando habiendo una actividad probatoria válidamente practicada y con signo incriminador, ofrezca resquicios a juicio del Tribunal.

A diferencia del principio de presunción de inocencia que sí se configura en el artículo 24.2 de la CE como una garantía procesal del inculpado y un derecho fundamental del ciudadano, el principio *in dubio pro reo* solo entra en juego cuando el tribunal albergue duda respecto de la responsabilidad del acusado, sin que pueda revisarse en casación, salvo en aquellos supuestos en los que el Tribunal haya planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos y las haya resuelto en contra del acusado (SSTS 677/2006, de 22 de junio, 999/2007, de 12 de julio o 666/2010, de 14 de julio); lo que aquí no acontece. Como hemos sintetizado en múltiples resoluciones, el principio *in dubio pro reo* no obliga al tribunal de enjuiciamiento a dudar, sino que lo que impone es que deba absolver en aquellos casos en los que lo haga; lo que no acontece en el caso que analizamos.

3.2. Respecto del derecho fundamental a la presunción de inocencia, una reiterada doctrina de esta Sala fija que la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo referida a todos los elementos esenciales del delito y que haya sido constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada deba 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.

De tal manera 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, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración hecha por el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, realizando un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada, para sustituir la valoración de aquel Tribunal por la del recurrente o por la de esta Sala.

3.3. Sobre la declaración de la víctima, la jurisprudencia de este Tribunal y la doctrina del Tribunal Constitucional, entienden que puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible (SSTC. 229/1.991, de 28 de noviembre; 64/1.994, de 28 de febrero y 195/2.002, de 28 de octubre, así como SSTS 339/2007, de 30 de abril; 187/2012, de 20 de marzo; 688/2012, de 27 de septiembre; 788/2012, de 24 de octubre; 469/2013, de 5 de junio; 553/2014, de 30 de junio o 355/2015, de 28 de mayo, entre muchas otras).

Lógicamente, conforme con lo expuesto anteriormente, la credibilidad del testimonio de la víctima corresponde evaluarla al órgano de enjuiciamiento, mientras que al Tribunal de casación le compete el control de la valoración realizada por el Tribunal de instancia, en lo que concierne a su racionalidad en función de los parámetros de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, esta Sala tiene establecidos unos parámetros que, sin ser cada uno de ellos una exigencia axiomática para la operatividad del testimonio de cargo, sí facilitan que se les atribuya verosimilitud en función de criterios lógicos y racionales, con elusión de posicionamientos internos o intuitivos del Juez.

Estos parámetros consisten en el análisis del testimonio desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia en la incriminación.

La credibilidad subjetiva se refleja por una aptitud física del testigo para percibir lo que relata, cuando entra en confluencia con el plano psíquico, en el sentido de carecer el testigo de móviles espurios que debiliten la credibilidad de su versión.

La credibilidad objetiva o verosimilitud de su testimonio, según pautas jurisprudenciales ya muy reiteradas, debe estar basada en la lógica de la declaración (coherencia interna), con el suplementario y relevante apoyo de datos objetivos que corroboren periféricamente la versión sustentada en el relato (coherencia externa).



Por último, la persistencia en la incriminación, presta su eficacia analítica desde la evidencia de que los hechos vividos son únicos e inmutables, de modo que su descripción en sucesivas declaraciones, no solo debe estar despojada de modificaciones esenciales, sino que debe ser concreta; eludir las vaguedades o generalidades; estar ausente de contradicciones; y ofrecer una conexión lógica con las versiones ofrecidas con anterioridad.

Obviamente, estos criterios son una guía para el análisis racional del fuste o la solidez del testimonio, sin que constituyan un patrón inmutable y preciso desde el que extraer su validez o suficiencia. Como decíamos en nuestra sentencia 355/2015, de 28 de mayo, que " *La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia*".

3.4. Lo expuesto justifica la desestimación del motivo. Como destaca el Ministerio Fiscal en su impugnación al recurso, Carlos Alberto relató en el acto del Juicio Oral que la recurrente simuló estar enamorada de él y deseosa de iniciar una vida en común, conduciéndole así a sufragar una vivienda en Kenitra (Marruecos). Afirmó que, en apoyo de su plan, le remitió vía fax los planos de la hipotética vivienda, así como un proyecto de construcción, pidiéndole a continuación determinadas cantidades de dinero para pagar tal vivienda. Las cantidades fueron entregadas vía transferencia bancaria, salvo 1.500 euros que remitió el 16 de agosto de 2014 sirviéndose de los servicios de la entidad Western Unión, sin que, una vez remitidas las cantidades, haya vuelto a tener noticias de la acusada, ni de la vivienda.

El Tribunal declara que ha atribuido credibilidad a la declaración del denunciante porque su relato ha sido avalado con la prueba documental que aportó, contemplando también que solo él podía ser el titular de la cuenta bancaria desde la que se remitió el dinero, pues solo eso explica que estuviera en condiciones de aportar los justificantes originales de todas las transferencias.

Concretamente, la sentencia de instancia indica la siguiente prueba documental:

A) El resguardo original de ingreso en efectivo en la cuenta NUM002 perteneciente a Marisa, de la cantidad de 1.000 euros, el día 10 de julio de 2014, constando como observación " *pago vivienda- Carlos Alberto* ";

B) Los resguardos bancarios originales del BBVA, que reflejan las transferencias efectuadas los días 11, 14, 16, 21 y 22 de julio de 2014, por las cantidades de 1.000, 3.000, 3.000, 2.000, 3.000 y 1.500 euros, respectivamente, constando como beneficiaria Marisa y como concepto "pago de vivienda", "pago de vivienda Marruecos" y "pago casa Marruecos".

Consta en la documental que las transferencias se hicieron a una cuenta de numeración incompleta, pero coincidente con la anteriormente referida como perteneciente a la acusada, concretamente se refleja como cuenta de destino la cuenta NUM002 y

C) El resguardo original de abono de 1.500 euros realizado por la víctima a Marisa el día 16 de agosto de 2014, a través de Western Union, para ser entregados 1.489,10 euros en la moneda marroquí (f 8, 11 y 13).

Se añade la documentación obrante a los folios 9 y 10, que más allá del idioma de su redacción, refleja gráficamente la realidad de la vivienda de la que habló el denunciante, ubicándose dicha construcción en la localidad de Kenitra (Marruecos); lo que en Tribunal de instancia pone en relación con el hecho de que esta sea la localidad de nacimiento de la acusada, según consta al atestado policial.

Por último, el Tribunal relaciona el material probatorio con la posición de descargo. Destaca así que los hechos denunciados son también compatible con la posición procesal sustentada por la acusada, ya que la recurrente se limitó a negar los hechos en el plenario, sin dar respuesta satisfactoria sobre estas transferencias documentadas, ni por qué reconoció ante el Juzgado de Instrucción que sí mantuvo con Carlos Alberto la relación sentimental que negó en el plenario o por qué admitió entonces haber recibido el dinero que ahora se niega.

Con dicho material probatorio, y en pleno coherencia con las reglas de la sana crítica, el Tribunal de instancia valora que, como el denunciante manifestó, "la recurrente hizo creer al Sr. Carlos Alberto que iniciaría con él una vida en común y que se casarían y, creada dicha apariencia, le propuso que le entregara dinero para comprar una vivienda en la localidad natal de ella, de la que disfrutarían conjuntamente y, el último de los envíos, para otras necesidades de la acusada. Todo ello ha resultado ser falso, un montaje elaborado por la acusada para conseguir dinero del Sr. Carlos Alberto".

Un juicio analítico cuyas conclusiones son trasladadas a los hechos probados, plasmándose en ellos los elementos del engaño captatorio que se sanciona. Concretamente declara probado el Tribunal que la acusada: "...actuando con ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial y utilizando artificio bastante, inició una relación sentimental a distancia con el denunciante Carlos Alberto, residente en Irún, hasta el punto de



hacerle creer en un proyecto de vida en común y decidieron comprarse una vivienda en Kenitra (Marruecos)". Declara igualmente probado que el acusado le realizó diversas transferencias de dinero para el pago de la vivienda, y termina indicando que " *El total del dinero enviado por el denunciante a la acusada es de 14.989,10 euros. La acusada se apropió de dicho dinero, no lo empleó en la compra de la vivienda que acordó con el denunciante y dejó de contestar a las llamadas de éste, sin que tenga conocimiento del paradero del dinero*".

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. Su segundo motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la LECRIM y art. 5.4 de la LOPJ, así como por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y del principio " *in dubio pro reo*", previsto en el art. 24 de la constitución española.

Analizado el eventual quebranto del derecho a la presunción de inocencia en el fundamento anterior, el motivo añade la conculcación de su derecho a la tutela judicial efectiva. Aduce que la acusación inicialmente sustentó que los 1500 euros que se enviaron a través de la entidad *Western Union*, lo fueron para la compra de la casa. Destaca que fue en el acto del juicio oral cuando esta cantidad se desvinculó del pago de la casa, sosteniéndose que la suma se entregó porque la acusada aducía ciertas necesidades por haber sufrido un accidente. Sostiene el recurrente que esta segunda acusación nunca se formuló con carácter previo y que, puesto que el argumento del accidente lo expresó el denunciante en la declaración testifical que prestó en el plenario, y consecuentemente después de que hubiera declarado la denunciada, esta no ha sido nunca interrogada al respecto, lo que le ha colocado en una situación de indefensión.

Con todo, concluye que la sentencia solo se podría imponer por un eventual delito de estafa, no por un delito continuado, y que la reparación indemnizatoria no podría alcanzar el importe de esta cantidad, esto es, que deberían minorarse los 14.989,10 euros que indica la sentencia, en los 1.500 euros que quedan fuera del enjuiciamiento.

2. El sistema acusatorio que informa el proceso penal exige que exista la debida correlación entre la acusación y la sentencia, de forma tal que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, sin que la sentencia le pueda condenar de forma sorpresiva por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual no haya podido articular una estrategia defensiva.

Tal como la STS 417/2019, de 24 de septiembre ha precisado, el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "...que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia". De ahí que "la acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación sin introducir ningún elemento nuevo del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse" (STS 7/12/1996).

En todo caso, una reiterada jurisprudencia del Tribunal (SSTS 15/3/1997, 12/4/1999 o 669/2001, de 18 abril, entre muchas otras) han declarado que lo verdaderamente importante para no vulnerar el principio acusatorio, es que el relato fáctico de la acusación sea respetado en las líneas esenciales, no en todos sus detalles, muchos de ellos irrelevantes en la mayor parte de los casos. Pero también se ha mantenido que, para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa, el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo, esto es, debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de la acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado; así como que debe ser específico, en el sentido de permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas; por más que no se exija que sea exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales y a los que la calificación acusatoria se refiere con suficiente claridad (STS 4/3/1999).

3. La cuestión, por tanto, es si el cambio que se subraya en el motivo de impugnación implica una mutación sustancial a los efectos del principio acusatorio y del correlativo derecho de defensa.

Es sabido que las modificaciones de detalles o de aspectos meramente secundarios no conculcan tales principios y pueden ser introducidos por el Tribunal sentenciador en su resolución, con objeto de ser más respetuosos con la descripción de la verdad material de lo acontecido. Y esa es la consideración que debe darse a la alteración cuya incorporación se denuncia.

Hemos de señalar que el objeto de investigación y de posterior enjuiciamiento, no es el que el recurso parece plasmar, sino si la acusada simuló un enamoramiento y un compromiso sentimental con Carlos Alberto ,



con la finalidad de embaucarle a que le entregara importantes cantidades de dinero a partir de banales y falsas justificaciones. Sobre esta actuación fue preguntada tanto en fase de instrucción como en el juicio oral, abarcando las preguntas a los 1.500 euros entregados a través de la entidad *Western Union*, de los que se sostuvo que se había apropiado junto con otras cantidades que le habían sido transferidas desde una entidad financiera, desapareciendo después de la vida del denunciante. Esa es la actuación delictiva de la que pudo y debió defenderse, sin que las concretas explicaciones que daba para pedir el dinero sean otra cosa que datos marginales o accesorios respecto de unas entregas cuya justificación esencial fue el noviazgo que simuló.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- 1. Su tercer motivo de impugnación se formaliza por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al considerar infringido el artículo 74. 1 del Código Penal.

Sostiene el recurso que, si por los motivos expuestos en el fundamento anterior, se excluyera de la sentencia que la acusada reclamó al denunciante una ayuda económica para hacer frente a las consecuencias de un accidente y que el denunciante, por este motivo, le envió 1.500 euros a través de la entidad *Western Union*, la acusada solo habría realizado una acción, esto es, la reclamación de dinero para comprar la casa. Consecuentemente sostiene que, en tal coyuntura, nos encontraríamos ante un delito de estafa y no ante la estafa continuada por la que ha sido condenada.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación " *Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal*".

Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal, de un motivo por el que solo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es este un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos.

Desde esta consideración de los hechos probados como soporte intangible desde el que analizar la aplicación que se ha hecho del delito continuado, debe destacarse que todo delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 del Código Penal, se integran en una unidad jurídica de acción. De este modo, el delito continuado se constituye por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción.

3. El desarrollo del alegato se construye desde la convicción de que debe excluirse la condena por el dinero que la acusada reclamó a Carlos Alberto en agosto de 2014 y que este le remitió, el día 16, a través de los servicios de *Wester Union*. Entiende la recurrente que, excluido este comportamiento por el que no venía juzgada, no puede sostenerse que realizara la pluralidad de actuaciones típicas que configuran el delito continuado por el que se le ha condenado.

El motivo se subordina así a la estimación del motivo anterior, haciendo que su desestimación deba comportar el rechazo de la objeción que ahora analizamos.

El relato de hechos probados plasma que la acusada habló varias veces con el denunciante y, apoyándose en la relación de pareja que le hizo creer y con distintos argumentos que desplegó en fechas diferentes, impulsó al menos dos entregas sucesivas de dinero: una primera para el supuesto pago de la casa en julio de 2014, y otra detallándole que necesitaba el dinero por razón de un accidente y por la que recibió 1.500 euros el 16 de agosto de 2014.

Esa realidad fáctica, por sí misma, justifica la desestimación del motivo.

4. Por otro lado, aun contemplando solo las diversas transferencias realizadas para el pago de la casa (como contempló el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal y por el que se solicitó la apertura de juicio oral por un delito continuado de estafa), el delito continuado de estafa es concurrente.

El relato histórico detalla que la acusada desplegó un único plan para defraudar el coste del inmueble a Carlos Alberto, pero es cierto que no excluye que el perjudicado realizara las sucesivas transferencias de dinero como consecuencia de una única intervención de la acusada.

Aun en esa consideración, la falta de detalle carece de relevancia a los efectos que se pretenden.



Establece el artículo 11 de nuestro Código Penal que " *Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:*

- a) *Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.*
- b) *Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".*

En consideración de dicho precepto, nuestra jurisprudencia (STS 1058/2010, de 13 de diciembre, entre otras) ha expresado que la forma omisiva en el delito de estafa no puede ser otra que la comisión por omisión, siempre que concurren los requisitos siguientes:

- 1) Que la infracción penal consista en la producción de un resultado, lo que es evidente en el delito de estafa y en cada uno de los desplazamientos patrimoniales con los que se integra.
- 2) Que la no evitación del resultado por parte del sujeto activo equivalga a su causación, esto es, que la pasividad por parte del agente sea la causa de la realización del acto dispositivo.
- 3) Que la no evitación del resultado vaya acompañada de la infracción por el autor de un especial deber jurídico de haberlo impedido. Deber jurídico que la doctrina ha entendido en el sentido de que la acción que se espera que realice el agente " *sea exigible*" en el caso concreto (posición de garante), al venir impuesta por un precepto jurídico; por la propia aceptación de la obligación por el agente; por su conducta precedente e, incluso, en virtud de un deber moral, siempre que esta obligación ética tenga una plasmación de deber jurídico de la mano de los principios generales informadores del Derecho recogidos en nuestro ordenamiento.

En cuanto a la creación por parte del omitente de una situación de riesgo para el bien jurídico protegido, es claro que, siendo atribuible al agente el peligro jurídicamente desaprobado, si dicho agente adopta luego una conducta omisiva permitiendo de este modo la producción del resultado lesivo que el mismo ha impulsado, será responsable -por comisión por omisión- del delito de estafa que se derive. La inacción, cuando se está obligado a actuar en defensa del bien jurídico que se ha puesto en peligro, equivale a la realización de un acto positivo, siempre que la omisión se corresponda valorativamente con el hecho positivo e integre un sentido social equivalente a la comisión activa del tipo.

5. De este modo, desde el punto de vista de la estructura dogmática del delito de estafa en comisión por omisión, es necesario que el perjuicio pueda ser considerado como el resultado de una omisión " *engañosa*", siempre que el sujeto activo, ya sea como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, o por ser responsable de la creación de la situación de riesgo, ostente la posición de garante (SSTS 9 de mayo 2002 o 27 de febrero de 2004).

Situación, esta última, que puede apreciarse respecto de cada una de las singularizadas transferencias que se hicieron en este caso. Además de que los hechos probados recogen que todos los actos de disposición patrimonial derivan de una unidad de dolo, también excluyen que sean solo el resultado del único engaño captatorio inicialmente desplegado por la acusada, plasmando que cada uno de esos ingresos o transferencias (realizadas los días 10, 11, 14, 16, 21 y 22 de julio de 2014) culminó porque la acusada, en su ambición depredatoria, las fue recibiendo si poner término a la operatividad de un engaño que, desde el inicio, desplegó para la consecución de ese objetivo; que mantuvo después; y del que nunca disuadió al perjudicado de manera directa o indirecta.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 1. El último motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la LECRIM, aduciendo la existencia de un error de hecho en la apreciación de la prueba, materializado en diversos documentos obrantes en autos que muestran la equivocación del juzgador.

El motivo insiste en sustentar que la prueba documental evidencia la falta de acreditación de los elementos fácticos a los que se hizo alusión en el fundamento primero, señalando concretamente los siguientes documentos:

- a. Extracto de movimientos de la Libreta Estrella de la Caixa NUM003 ; obrante a los folios 8 y 11 de las actuaciones.
- b. Documento con el título " *Fiche Technique*"; obrante al folio 9.
- c. Plano, sin medidas; obrante en el folio 10 de las actuaciones.



- d. Cinco resguardos del BBVA, que indican transferencias efectuadas los días 11, 14, 16, 21 y 22/07/2014 por las cantidades de 3.000, 3.000, 2.000, 3.000 y 1.500 euros respectivamente; y un resguardo de ingreso de 1.000 euros el día 10/07/2014; obrantes en el folio 12 de la causa.
- e. Documento con sello de Banco Popular Español, sucursal de Irún; obrante en el folio 14.
- f. Resguardo de abono de 1.500 euros de fecha 16 de agosto de 2014 mediante Western Union; folio 13 de las actuaciones.
- g. Escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal; obrante en los folios 124 a 126.
- h. Escrito de conclusiones provisionales de la acusación particular; obrante en los folios 130 a 132.

2. El artículo 849.2 de la LECRIM entiende infringida la ley, para la interposición del recurso de casación, " *Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios*".

La estricta observancia de la jurisprudencia estable de esta Sala (ver por todas STS 1205/2011) indica que la previsión del art. 849.2.º LECRIM exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia de esta Sala que el error fáctico o material se muestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad, y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30 de septiembre).

3. Es indudable que los documentos que el recurso subraya carecen de literosuficiencia para acreditar una realidad fáctica diferente de la que el Tribunal de instancia ha declarado probada y que tampoco se refleja en el alegato. Lo que el recurso pretende es que esta Sala realice una nueva valoración probatoria a la vista de lo que los documentos no incorporan, omitiendo que el Tribunal -en los fundados términos que ya se han analizado- extrajo sus conclusiones de la prueba testifical practicada, en conjunción con las corroboraciones parciales que sí se incorporan en los documentos.

El motivo debe desestimarse.

QUINTO.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas a la recurrente, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la LECRIM.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Magdalena (también aparece como Marisa), contra la sentencia dictada el 17 de diciembre de 2018, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Gipuzcoa, en el Rollo Penal Abreviado 1029/2018, con imposición a la recurrente del pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia Provincial 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 alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz