



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 380/2014, de 14 de mayo de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 1423/2013

SUMARIO:

Falsedad en documento privado. Estafa. Falsedad en documento mercantil. Principio acusatorio. Delitos homogéneos. Renuncia de acciones civiles. Para apreciar la homogeneidad entre dos delitos no se trata de comparar las descripciones típicas de ambos, sino de valorar si en función de las mismas y de los hechos imputados, el acusado ha tenido oportunidad adecuada de defenderse de la acusación. En el presente caso, dado que la falsedad en documento mercantil como el de falsedad en documento privado se encuentran integrados en el mismo título, protegen el mismo bien jurídico y tienen una muy semejante estructura, con independencia del elemento tendencial que les separa, no podemos sino entender que existe entre ambos homogeneidad, por lo que ninguna vulneración del principio acusatorio se produjo. La incomparecencia al juicio oral, motivada por haber sido expulsado de España, no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil, renuncia que ha de ser expresa y terminante.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 8.4, 109.2, 248 y 395.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 100, 105, 106, 107, 108, 112, 271 y 899.

PONENTE:

Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil catorce.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por Jesús y Bibiana, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda, que condenó a los acusados como autores penalmente responsables de un delito Falsedad y estafa; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la



www.civil-mercantil.com

Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida El Colegio de Abogados Señorío de Vizcaya, representado por el Procurador Sr. Pozas Osset, y dichos recurrentes representados por las Procuradoras Sras. del Castillo Olivares y Gutierrez Carrillo.

I. ANTECEDENTES

Primero.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Bilbao, incoó Procedimiento Abreviado con el número 315 de 2012, contra Jesús y Bibiana , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, cuya Sección Segunda, con fecha 10 de abril de 2013, dictó sentencia , que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: I. Jesús y Bibiana , en los años 2010 y 2011, se pusieron de acuerdo, con el fin de obtener dinero ilícitamente, para ofrecer a personas extranjeras sin documentación legal ni residencia autorizada en España, la posibilidad de obtenerlas mediante la elaboración contratos de trabajo con los datos de empresarios reales (filiación, número CIF, número de documento nacional de identidad, actividad empresarial concreta) que conocían por ser clientes de la asesoría que regentaba el acusado Jesús .

Dichos empresarios, consignados como empleadores, ignoraban la operativa en la que se empleaba de esta manera su nombre y empresa o actividad autónoma; los acusados usaron los datos de Juan María y Bernardino .

Para dar apariencia de realidad a los contratos, los acusados se los presentaban a los ciudadanos extranjeros ya firmados, con firmas simuladas en el espacio correspondiente al empleador, firmas que hacían los propios acusados u otras personas por su encargo.

En la creencia de que con este documento (oferta de trabajo así elaborada, cuya simulación ignoraban dichos ciudadanos) al que se agregaban los demás que eran necesarios, conseguirían el trabajo ofrecido y además la residencia legal en nuestro país, los perjudicados entregaron cantidades de dinero a los acusados, en los siguientes términos:

Contratos en los que aparece como empleador Juan María :

- Gerardo entregó a la acusada 400 euros y 2.000 euros al acusado por la tramitación de dicho contrato realizado el 28-7-2010.

- Ricardo entregó 2.000 euros, constando en el contrato la fecha 28-9-2010.



www.civil-mercantil.com

- Estibaliz , entregó 1.300 euros al acusado y no reclama. Contrato de 11-3-2010.
- Pilar dio 1.600 euros al acusado, realizando el contrato el 28-9-2010.
- Eleuterio entregó 2.000 euros a la acusada, realizando el contrato el 13-1-2010.

Contratos en los que aparece como empleador Bernardino :

- Justiniano entregó a la acusada 2.000 euros, realizando el contrato el 21-1-2011.
- Custodia entregó 1.500 euros al acusado, constando en el contrato 27-10-2010.
- Carlos Jesús entregó 50 inicialmente y luego 2.000 euros, constando en el contrato de trabajo el 10-2-2011.
- Balbino entregó 2.000 euros, constando en el contrato la fecha 9-5-2011.

II. Jesús fue condenado en sentencia firme de fecha 11-10-2011 como autor de un delito de estafa a la pena de un año de prisión. Por un delito de falsificación de documentos privados a la pena de 6 meses de prisión.

Bibiana en sentencia firme de fecha 13-5-2008 como autora de un delito de estafa a la pena de dos años de prisión e inhabilitación especial para profesión por dos años.

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: CONDENAMOS A Jesús Y A Bibiana , como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento privado en concurso de normas con un delito continuado de estafa, concurriendo en ambos la agravante de reincidencia, a la pena a cada uno de ellos de TRES AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; a que indemnicen en concepto de responsabilidad civil a las siguientes personas y cantidades:

- Gerardo : 2.400 euros.
- Ricardo : 2.000 euros.
- Pilar : 1.600 euros.
- Eleuterio : 2.000 euros.



www.civil-mercantil.com

- Justiniano : 2.000 euros.
- Custodia : 1.500 euros.
- Carlos Jesús : 2.050 euros.
- Balbino : 2.000 euros.

Estas cantidades devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Y al abono de las costas procesales por mitades partes.

ABSOLVEMOS A Bibiana del delito deslealtad profesional por el que venía siendo acusada, declarando de oficio las costas correspondientes.

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Jesús y Bibiana que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

Las representaciones de los recurrentes , basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN.

RECURSO INTERPUESTO POR Jesús

Primero.

Por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se invoca vulneración del artículo 24,2 de la Constitución Española en relación con el derecho a la presunción de inocencia.

Segundo.

Por la vía del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción de ley, por indebida aplicación de los artículos 395 y 390.2 , 248 y 249 del Código Penal ,

Tercero.



www.civil-mercantil.com

Por el cauce del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error en la apreciación de la prueba, designándose como referencia documental la grabación de la vista.

RECURSO INTERPUESTO POR Bibiana

Primero.

Por la vía del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española en relación con los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas garantías en lo concerniente al principio acusatorio.

Segundo.

Por el cauce del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción de Ley por indebida aplicación de los artículos 248.1 y 395 del Código Penal ,

Tercero.

Por el cauce del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca infracción de Ley por indebida aplicación de los artículos 248.1 y 395 del Código Penal ,

Cuarto.

Por la vía del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba designándose a tal efecto el informe pericial caligráfico que se pronuncia sobre las firmas plasmadas en los contratos de trabajo sin concretar su autoría, aduciendo finalmente en el mismo motivo vulneración del principio pro reo.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día veintinueve de abril de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



www.civil-mercantil.com

RECURSO INTERPUESTO POR Bibiana

Primero.

El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a un juicio con todas las garantías y del derecho a la presunción de inocencia, al amparo de lo establecido en el art. 24.1 y 2 CE .

Se denuncia, en primer lugar, la actuación de las acusaciones, tanto del Ministerio Público como de la acusación particular, que no han concretado, en ningún momento, los actos concretos y específicos que se consideraban realizados por la recurrente, lo que supone infracción del principio acusatorio que exige, en su plena aplicación del proceso penal, la exacta individualización de las conductas, acciones y omisiones, desarrolladas por la Sra. Bibiana , lo que no se ha producido y pone a ésta en una situación de indefensión.

Ciertamente el Tribunal Constitucional, sentencias 34/2009 , 143/2009 de 15.6 , ha declarado reiteradamente que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria. Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan.

Se ha señalado también que, a efectos de la fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas, el cual debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación pública e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC. 87/2001 de 2.4). Por ello no es conforme con la Constitución ni la acusación implícita, ni la tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa y en términos que no sean absolutamente vagos e indeterminados (SSTC. 36/96 de 11.3 , 33/2003 de 13.2 , 299/2006 de 23.10 , 347/2006 de 11.12).

Asimismo esta Sala Segunda tiene asimismo declarado (SSTS. 609/2002 de 10.10 , 368/2007 de 9.5 , 279/2007 de 11.4 , 922/2009 de 30.9) tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término,



www.civil-mercantil.com

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. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación" (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). Por ello el sistema acusatorio que informa el proceso penal especial 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, y sin que la sentencia de forma sorpresiva pueda condenar por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual consiguiente no pudo articularse la estrategia exigida por la Ley en garantía de la posición procesal del imputado.

En definitiva, se garantiza que nadie será acusado en proceso penal en una acusación de la que no se ha tenido conocimiento suficiente y, por tanto, que no recibirá un trato de desigualdad frente al acusador que le ocasione indefensión.

Constituye asimismo, el primer elemento del derecho de defensa, que condiciona todos los demás, pues mal puede defenderse de algo que no sabe en concreto. Consiste substancialmente este derecho en asegurar el conocimiento del acusado acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan (SS 14/86 de 12 noviembre , 17/88 de 16 febrero y 30/89 de 7 de febrero).

La STS. 669/2001 de 18 abril es suficientemente esclarecedora al precisar: " Una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, SS. 15/3/97 y 12/4/99 , entre 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 para ser respetuoso con el derecho constitucional a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa que el relato fáctico de la calificación acusatoria debe ser completo (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) y específico (debe permitir conocer con precisión cuales son las acciones o expresiones que se consideran delictivas) pero no exhaustivo, es decir que no se requiere un relato minucioso y detallado, por así decirlo pormenorizado, 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 (S.T.S. 4/3/99).

Efectuadas estas precisiones previas la queja del recurrente resulta infundada.



www.civil-mercantil.com

El relato fáctico considera probado que la recurrente y el otro acusado se pusieron de acuerdo con el fin de obtener dinero, para ofrecer a extranjeros sin documentación legal su residencia autorizada en España, la posibilidad de obtenerlas mediante contratos de trabajo con empresarios reales, y para dar apariencia de realidad a dichos contratos, simulaban las firmas de los empleadores -con firmas que hacían los propios acusados u otras personas por su encargo- ignorando estos la operativa de los acusados, logrando así que las víctimas les entregaban diversas cantidades de dinero.

Siendo así no se aprecia indeterminación en el relato fáctico causante de indefensión por cuanto se describe una actuación conjunta y previamente concertada entre los dos acusados, y aunque no se describa quien de ellos materialmente preparó la documentación y recibió el dinero en cada operación, ello no es causante de indefensión desde el momento en que la coautoría se contempla como una forma de realización conjunta del hecho dirigida por un dolo compartido que es fruto del acuerdo previo y mutuo y el reparto de papeles permite intercomunicar las acciones desplegadas por cada uno de los partícipes conforme al plan diseñado conjuntamente (SSTS. 703/2013 de 8.10 , 143/2013 de 28.1 , 87/2012 de 17.2 y 45/2011 de 11.2), que recuerda que "cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho y no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho", aun cuando alguno de ellos no haya realizado materialmente la acción típica (teoría formal objetiva de la autoría).

Y en el caso que nos ocupa la sentencia recurrida considera probada esa actuación conjunta a partir de las declaraciones de los perjudicados que generalmente se refieren a ambos como presentes en las reuniones en las que se aportaban los documentos requeridos y en la que éstos aportaban los contratos de trabajo con firmas simuladas de los empleadores (solo dos de ellos Custodia y Estibaliz , afirmaron que se reunieron solo con Jesús .

Segundo.

Denuncia en segundo lugar una nueva vulneración del art. 24 CE , por la condena por un delito -falsedad en documento privado- que en ningún momento había sido mantenido por las acusaciones, dado que éstas al elevar a definitivas sus calificaciones mantuvieron en todo momento la existencia de un delito de falsedad en documento mercantil.

Queja del recurrente que tampoco resulta asumible.



www.civil-mercantil.com

1.- Tiene declarado la jurisprudencia, SSTs. 34/2014 de 6.2 , 61/2009 de 20.1 , 493/2006 de 4.5 , que el principio acusatorio, íntimamente vinculado al derecho constitucional de estar informado de la acusación y por extensión, estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la defensa, que se protegen en el art. 24 CE , tiene su regla de oro en la exigencia de identidad fáctica entre los hechos imputados y los que fundamentan la calificación jurídica efectuada por el tribunal y homogeneidad en dicha calificación respecto a la realizada por la acusación. Desarrollando esta máxima, debe señalarse que el principio acusatorio no se vulnera, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que el tribunal respete el apartado fáctico de la calificación acusatoria, que debe ser completo, con inclusión de todos los elementos que integran el tipo delictivo sancionado y las circunstancias que repercutan en la responsabilidad del acusado, y específico, en el sentido de que permita conocer con precisión cuáles son las acciones que se consideran delictivas. Pero estándole radicalmente vedado al tribunal valorar hechos con relevancia jurídico-penal no incluidos en el acta de acusación.

b) Que entre el tipo penal objeto de acusación y el calificado por el tribunal existe una relación de homogeneidad en relación con el bien jurídico protegido en uno y otro, en el sentido de que todos los elementos del delito sancionado por el tribunal no exista un componente concreto del que el condenado no haya podido defenderse.

En efecto sin variar los hechos que han sido objeto de acusación es posible -respetando el principio acusatorio- condenar por delito distinto, siempre que sea homogéneo con el imputado, es decir de la misma naturaleza y especie, aunque suponga una modalidad distinta dentro de la tipicidad penal y sea de igual o menor gravedad que la expresamente imputada. A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal que entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito, posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995 son delitos o faltas "generalmente homogéneos" los que "constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse". Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente las formas de comportamiento respecto de los que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa



www.civil-mercantil.com

cuando esta generalidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia.

En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación "requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que "el mismo hecho señalado por la acusación, que se declaró probado en la sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación". La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión "sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo". (STC. 225/97 de 15.12).

2.- A la luz de esta doctrina que se acaba de exponer, no puede entenderse que la condena al acusado por delito de falsedad en documento privado, suponga la vulneración del principio acusatorio, al sostener las acusaciones la existencia de un delito de falsedad en documento mercantil.

En efecto, es cierto que en SSTs. 1157/93 de 21.5 y 212/97 de 25.2 , se dice que no son delitos homogéneos, pero en sentencias posteriores no se ha afirmado tal compatibilidad, SSTs. 975/2002 de 24.5 , 880/2003 de 13.6 , indicando la primera de ellas que: "El principio acusatorio, fundamental en nuestro proceso penal, que ya desde la fase de instrucción se manifiesta en la necesaria atribución de la función de instruir a un órgano distinto de aquel al que corresponde la de juzgar, tiene, pues, en el ámbito del juicio oral y la sentencia, una doble vertiente. En primer lugar, relacionándose con el derecho a un juez imparcial, exige la separación entre quien acusa y quien juzga e impide que el Juez o Tribunal responsable del enjuiciamiento adopte iniciativas que corresponden a la acusación. De esta forma, el Tribunal no puede incluir en la sentencia elementos de cargo, perjudiciales para el acusado, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, ni puede condenar por un delito más grave que el contenido en aquellas, ni siquiera previo planteamiento de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , si no es acogida por alguna de ellas. El Tribunal deberá moverse solamente dentro del ámbito marcado por las acusaciones de manera que exista una correlación entre acusación y sentencia, y podrá condenar por delito distinto solo si es homogéneo, de forma que sus elementos estén contenidos en el delito objeto de acusación, y no es más grave que éste. En segundo lugar, desde la óptica del derecho de defensa, el Tribunal no puede incorporar a la sentencia ningún elemento de cargo del que el acusado no haya podido defenderse, lo cual exige el previo conocimiento del mismo y el tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Así pues, la introducción de los elementos acusatorios



www.civil-mercantil.com

corresponde a la acusación y ha de hacerse de forma que el acusado pueda defenderse adecuadamente de los mismos.

El recurrente fue acusado de un delito de falsedad en documento mercantil como medio para cometer un delito de estafa, y en la sentencia impugnada se le ha condenado como autor de un delito de falsedad en documento privado en concurso medial con un delito de estafa. El examen de la causa, al amparo del artículo 899 de la Ley Procesal, ha permitido a esta Sala comprobar que el contenido del escrito de acusación del Ministerio Fiscal coincide sustancialmente con el relato de hechos probados de la sentencia, por lo que el Tribunal de instancia no ha incorporado ningún elemento fáctico nuevo o distinto de los tenidos en cuenta por la acusación, que fueron conocidos por el acusado con tiempo suficiente para organizar su defensa adecuadamente. Con base en esos hechos el Ministerio Fiscal consideró que los documentos tenían carácter mercantil, por lo que era posible el concurso medial con un delito de estafa en grado de tentativa, y tanto la falsificación cometida en los documentos como la intención de utilizarlos para defraudar a otro aparecen en el relato fáctico con claridad y trascendencia penal, lo primero integrando un delito de falsedad y lo segundo un delito de estafa.

La cuestión es, entonces, si es posible la condena por el delito de falsedad en documento privado cuando la acusación se sostenía por la comisión de un delito de falsedad en documento mercantil. El delito de falsedad en documento privado, en atención a la pena que le señala el Código Penal en el artículo 395, no es un delito más grave que el delito de falsedad en documento mercantil, por lo que desde ese punto de vista no existe ningún obstáculo a la condena. Sin embargo, a diferencia de éste, para apreciar la falsedad en documento privado, no basta con la alteración relevante de la verdad, por medio de alguna de las modalidades previstas en el Código Penal, sino que el artículo 395 exige la concurrencia del ánimo de perjudicar a otro, lo que en general puede autorizar que se afirme que existen diferencias entre uno y otro delito que impiden sostener la homogeneidad. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la vigencia del principio acusatorio no persigue la obtención de efectos puramente formales, sino principalmente evitar la indefensión material, por lo cual la valoración que se haga de la acusación y de la sentencia a estos efectos no puede construirse sobre la creación de compartimentos estancos, sino mediante el examen de la totalidad de los hechos imputados y la totalidad de la calificación jurídica, lo cual conduce en este caso a la negación de la infracción denunciada, pues en la calificación de la acusación pública, que se refiere a unos hechos íntimamente relacionados entre sí de manera que forman un todo único, se contienen todos los elementos que se tienen en cuenta en la sentencia, aunque sean calificados en ésta de forma diferente. Efectivamente, el ánimo de perjudicar a otro aparece



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

en ambos casos, acusación y sentencia, relacionado con la falsificación del documento, si bien en la calificación del Fiscal lo hace como elemento integrante del delito de estafa, en concurso medial con un delito de falsedad en documento mercantil, mientras que en la sentencia se traslada su valoración al delito de falsedad en documento privado, cuya existencia se aprecia en un concurso de normas con el delito de estafa".

Criterio reiterado en ATS. 848/2006 de 16.3 , en un supuesto en que el recurrente fue condenado por delito de falsedad en documento privado por unos hechos calificados por la acusación como delito de falsedad en documento mercantil, y alegó, dado que no existía homogeneidad entre ambos delitos, la producción de conculcación del principio acusatorio, esta Sala declaró que no se produce vulneración del principio acusatorio cuando entre el delito por el que se acusa y el que finalmente se condena existe homogeneidad. Como hemos dicho reiteradamente (vide STS 5-10-2004) para apreciar la homogeneidad entre dos delitos no se trata de comparar las descripciones típicas de ambos, sino de valorar si en función de las mismas y de los hechos imputados, el acusado ha tenido oportunidad adecuada de defenderse de la acusación. En este sentido, la STS 22-1-2003 , recuerda que «Como se dice en la sentencia de esta Sala de 21-3-2002 , el de homogeneidad es un concepto, desde luego, normativo, pero no de carácter exclusivamente sustantivo, con el que haya que operar por la mera comparación en abstracto de los rasgos estructurales de dos tipos penales, para verificar su grado de simetría en el plano formal. En efecto, se trata de una categoría con claras implicaciones sustantivas, pero destinada a cumplir un papel eminentemente procesal, consistente en facilitar la comprobación de si, en el caso concreto, tomado el hecho objeto de la acusación y el delito por el que ésta - erróneamente- se produjo, cabría o no decir que el acusado pudo defenderse adecuadamente en la perspectiva de una condena con apoyo en el precepto que, en realidad, habría debido invocarse al solicitarla». La necesidad de atender a las características de los hechos imputados en el caso concreto fue también resaltada por la STS 23-1-1998 .

En el presente caso, dado que tanto el delito de falsedad en documento mercantil como el de falsedad en documento privado se encuentran integrados en el mismo título, protegen el mismo bien jurídico y tienen una muy semejante estructura, con independencia de elemento tendencial que les separa, no podemos sino entender que existe entre ambos homogeneidad, por lo que ninguna vulneración del principio acusatorio se produjo, conforme a la doctrina establecida por esta Sala (así SSTs 22-2- 1990 y 20-3-2001).

Supuesto similar al presente en el que la sentencia no introduce en los hechos probados dato alguno que no se contemplase en los escritos de acusación, siendo la única discrepancia al no considerar los documentos falsificados -contratos de trabajo- documentos mercantiles a los



www.civil-mercantil.com

efectos de los arts. 392.1 y 390.2, delito cuyas penas son prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses; y si por el contrario, documentos privados cuya falsedad, art. 395 lleva aparejada una penalidad inferior -prisión de seis meses a dos años-

3.- A mayor abundamiento, al haberse apreciado correctamente en la sentencia impugnada un concurso de normas entre el delito de estafa y el de falsedad en documento privado, con la consecución de subsumir este último en el primero, la queja de la recurrente carecería de efectos prácticos.

En efecto, como esta Sala tiene declarado, en SSTs. 196/2014 de 19.3 , 860/2013 de 16.11 , 552/2012 de 2.7 , 860/2008 de 17.12 , 702/2006 de 3.7 , 760/2003 de 23.5 , es de aplicación el concurso de normas entre los delitos de estafa y falsedad en documento privado, ya que debe tenerse en cuenta que la configuración del delito de falsedad en documento privado, tal y como está tipificado en el art. 395 CP , no solamente es necesaria una alteración mendaz de uno de los elementos del documento, sino que además es necesario que se produzca un perjuicio -o el animo de causarlo- en uno tercero, perjuicio que precisamente coincide con el de la estafa por cuyo motivo es necesario aplicar el concurso de normas, tal como se establece en el art. 8 C.P , lo contrario supondría una duplicidad o superposición tipológica a la hora de contemplar el perjuicio, que lo refiere tanto la falsedad en documento privado (art. 395) como la estafa (art. 248 C.P). La STS. 992/2003 de 3.7 , incide en esta postura "el delito de falsedad en documento privado exige en su tipicidad el animo de perjudicar a tercero, precisamente uno de los elementos de la estafa, por lo que la conducta debe ser penada conforme a uno de los dos tipos penales en aparente concurso".

La falsedad documental constituye un delito funcional, en cuanto nadie falsifica por que si, sino para obtener otro fin ilícito.

En este sentido las SSTs 19-4-02 y 20-6-01 nos dicen: "es fundamental determinar, con mayor o menor precisión los bienes jurídicos atacados en los dos bienes en conflicto, al objeto de detectar las coincidencias o solapamiento de unos y otros intereses protegidos por la norma, con miras a impedir la doble consideración de los mismos, como impone el principio "non bis in idem".

Es indudable que por su ubicación sistemática, que el bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos y fraudulentos (engaño). En la falsedad se castiga a quien de un modo u otro, a quien presenta como real o auténtico, como ajustado a la verdad, algo que carece de tales rasgos. Es hacer pasar por legítimo lo que no es. El bien jurídico protegido es el tráfico jurídico general, en cuanto el



www.civil-mercantil.com

documento ha creado en terceros la confianza en la autenticidad del mismo y su eficacia para probar lo que proclama. La falsedad no es otra cosa que un engaño, dirigido a crear error y confusión en terceros.

Por ello, desde antiguo, la doctrina científica consideró al documento falsificado, funcionalmente destinado a cometer una estafa (estafas documentales), como identificable con el engaño. El engaño es el propio documento, entendiendo fundidos ambos conceptos por consunción, ya que la alteración documental no es un ingrediente más del ardid, sino su misma esencia.

Criterio reiterado por la STS. 24.5.2002 , que sostiene que la condena por ambos delitos no es posible cuando la falsedad en el documento privado haya incidido en el tráfico jurídico exclusivamente como instrumento provocador del engaño que constituye el elemento nuclear de la estafa, tal como ya afirmó la STS. 29.10.2001 "...la falsificación de un documento privado del art. 395 C.P vigente solo es delito cuando se realiza para perjudicar a otro. Si el perjuicio es de carácter patrimonial y da lugar a un delito de estafa, la falsedad que formaría así parte del engaño, núcleo del delito de estafa, no podría ser sancionada junto a esta so pena de castigar dos veces la misma infracción. La falta de verdad que comporta toda falsedad documental no es suficiente, si la falsedad se realiza en un documento privado para que el núcleo sea punible, es preciso que la mendacidad descrita en un documento privado -que por si sola, no afecta a ningún bien jurídico penalmente protegido esté encaminada a causar a otro un perjuicio que, en la mayoría de los casos, sería económicamente evaluable".

En cuanto a la pena aplicable, el art. 8-4 CP . dispone que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen con pena menor, debiéndose tener en cuenta que la pena que en abstracto corresponda a las distintas infracciones, siendo en este caso superior la de la estafa, en atención a su cuantía, conforme los arts. 248 y 250 CP (SSTS. 10.11.2006 , 3.12.2004).carecería de efectos prácticos.

Tercero.

Por último y en relación con este motivo del recurso, supone igualmente una vulneración del principio acusatorio, la concesión por parte de la sentencia de una indemnización a favor de personas que no le han solicitado, como Gerardo que no compareció al acto del juicio oral y por tanto, no puede formular ninguna reclamación, o han renunciado expresamente a ello, como Eleuterio quien manifestó no formular ninguna reclamación.

Queja del recurrente que hace necesario recordar como la comisión de cualquier ilícito penal trae consigo el nacimiento de la acción orientada al castigo del culpable. acción que podrá ser



www.civil-mercantil.com

ejercitada a través de los propios órganos del Estado (acusación Pública) o directamente por los particulares (acusación privada y acusación particular) en atención a la naturaleza del ilícito cometido.

Por el contrario -decíamos en STS. 1036/2007 de 12.12 - la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil.

Ahora bien entre los principios que conforman nuestro proceso penal, el conocido como principio de legalidad se señala frente al principio de oportunidad. En virtud de aquél los funcionarios del órgano de naturaleza pública e instituido, entre otros, con ese fin -en nuestro caso el Ministerio Fiscal- deberán promover en todo caso las correspondientes acciones penales, tan luego como les conste la prueba de la existencia de un eventual delito o falta, menos lógicamente, aquellas cuya persecución el ordenamiento jurídico-penal reserva exclusivamente a la querrela privada (delitos de naturaleza privada). En nuestro ordenamiento este aspecto de legalidad penal se fundamenta en los arts. 100 , 105 y 271 LECrim , que imponen el ejercicio de oficio de la Ley Penal y la no aplicación del principio de oportunidad.,

Por ello, el ejercicio de la acción penal no se extingue por la renuncia del ofendido. En el ámbito de los llamados delitos públicos, el procedimiento penal puede iniciarse, incluso sin la voluntad del perjudicado, a impulsos del Ministerio Fiscal que, conforme resulta del art. 105, viene obligado al ejercicio de la acción penal. En los llamados delitos semipúblicos o semiprivados, en cambio el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que en esta medida, puede resolver o no que el procedimiento penal se inicie. Sin embargo también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no impedirán la continuación del procedimiento. Solo en el ámbito de los llamados delitos privados, la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal extingue la posibilidad de ejercitar la misma.

En nuestro caso tanto el delito de estafa como el de falsedad documental son delitos públicos al haber entendido el legislador que afecta a intereses que exceden de los de quienes son afectados directamente por su comisión. Y como tales deben ser perseguidos de oficio por el Ministerio Fiscal: que debe ejercitar las acciones penales, cuando entiende que resultan procedentes, desde que tenga noticia de la comisión (art. 105 LECrim). No existe un poder de



www.civil-mercantil.com

disposición sobre la acción penal en manos de los particulares en estos casos, aunque quede a su libre determinación todo lo relativo a la responsabilidad civil derivada del delito, que contenía siendo una cuestión de esa naturaleza aunque la reparación se pretenda y se acuerde en la vía penal, lo que ocurrirá siempre que no exista una previa renuncia o reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado. Pero la renuncia o la reserva al ejercicio de la acción civil no afecta a la penal derivada del delito (STS. 12.3.2004).

Doctrina consolidada del Tribunal Supremo de la que son exponentes las sentencias de 3-5-2001 , 16.10.2002 , 15.5.2012 , que precisan que el tratamiento de la cuestión suscitada debe hacerse desde la perspectiva de los principios que informan la responsabilidad civil como acción que se ejercita en cada caso conjuntamente con la penal por las acusaciones, pero que en modo alguno pierde su autonomía, como se desprende de la regulación de los arts. 107 y ss. LECrim . Los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al tribunal sobre lo que se pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con su contenido.

Por tanto, por lo que respecta a las acciones civiles, cualesquiera que sea la naturaleza del delito del que procedan, la renuncia del ofendido extingue las mismas que, desde ese momento no podrán ser ya ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS. 13/2009 de 20.1). La renuncia por el perjudicado de esta clase de acciones tendrá los mismos límites que aparecen impuestos por el ordenamiento privado (art. 6.2 Código Civil) (STS. 29/2007 de 15.1).

En definitiva, como precisa la STS. 1045/2005 de 29.9 -, debe significarse que así como la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia del perjudicado, si se extinguen como consecuencia de la renuncia de las acciones civiles cualquiera que sea el delito o falta de que proceden (art. 106.1 LECrim).

Del mismo modo el art. 109.2 CP , contempla la posibilidad de la renuncia al ejercicio de la acción civil "ex delicto" en el curso del proceso penal, en armonía con el criterio doctrinal de que, aún ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que son consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad que establecen los arts. 106 y ss. LECrim , y

El de reserva para ejercitarla en un procedimiento civil una vez concluido el de naturaleza penal, que previene el art. 112 LECrim .



www.civil-mercantil.com

Ahora bien, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal -como ya hemos indicado- debe observar las exigencias marcadas por la Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108 , que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo el art. 110 en que "es menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en casos de no ratificación judicial de renunciaciones en sede policial. Por ello, los actos de renuncia deben entenderse de un modo restrictivo, inexistencia (STS 6/2008, de 23-1).

En el caso presente Eleuterio , en su primera declaración policial (folio 30) de 22.12.2010 se limitó a señalar que no deseaba ejercitar acción legal y que quería recuperar su dinero, pero en su declaración judicial (folios 578-580), de fecha 16.1.2012 manifestó expresamente "que él no se siente estafado porque pagó para conseguir papeles y los tuvo" y en el ofrecimiento de acciones "que él no se siente perjudicado", sin que en el juicio oral se retractara de tales manifestaciones, que solo pueden interpretarse como efectiva renuncia a la indemnización que, como se dice en STS. 30.10.2011 , no está sujeta a una forma especial, bastando con que se exprese con claridad suficiente.

Situación distinta es la de Gerardo quien en su declaración judicial (folio 403) de 15.11.2011, al hacérsele el ofrecimiento de acciones manifestó expresamente "que queda enterado y que se muestra parte reclamando la devolución de los 2.400 E que entregó a Bibiana y Jesús y que finalmente no consiguió su permiso de residencia". Su incomparecencia al juicio oral, motivada por haber sido expulsado de España, no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil, renuncia que ha de ser expresa y terminante.

Cuarto.

En los motivos por infracción de Ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim . articula un primer motivo por indebida aplicación del art. 248.1 CP , relativo al delito de estafa, al no haber quedado, en ningún momento, acreditado la concurrencia del engaño y que éste haya sido ocasionado o producido por acción u omisión de la recurrente.,

Desestimados que han sido los motivos precedentes por infracción derechos fundamentales, la improsperabilidad del presente deviene necesaria.

En efecto, con carácter previo, debemos recordar la doctrina de esta Sala, contenida entre otras en la STS. 807/2011 de 19.7 que establece los requisitos de este motivo casacional:-

1) Respecto a los hechos probados.- la casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho



www.civil-mercantil.com

probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial". (STS 18-12-92). Tampoco integra ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo, u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidos en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

El respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación.

Así lo expresa la STS 121/2008, de 26 de febrero , "En el caso presente hemos de partir de que cuando se articula por la vía del art 849.1 LECrim . El recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia. El no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se



www.civil-mercantil.com

declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim . Ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Pues bien en el caso actual la sentencia de instancia considera probado como " Jesús y Bibiana , en los años 2010 y 2011, se pusieron de acuerdo, con el fin de obtener dinero ilícitamente, para ofrecer a personas extranjeras sin documentación legal ni residencia autorizada en España, la posibilidad de obtenerlas mediante la elaboración contratos de trabajo con los datos de empresarios reales (filiación, número CIF, número de documento nacional de identidad, actividad empresarial concreta) que conocían por ser clientes de la asesoría que regentaba el acusado Jesús .

Dichos empresarios, consignados como empleadores, ignoraban la operativa en la que se empleaba de esta manera su nombre y empresa o actividad autónoma; los acusados usaron los datos de Juan María y Bernardino .

Para dar apariencia de realidad a los contratos, los acusados se los presentaban a los ciudadanos extranjeros ya firmados, con firmas simuladas en el espacio correspondiente al empleador, firmas que hacían los propios acusados u otras personas por su encargo.

En la creencia de que con este documento (oferta de trabajo así elaborada, cuya simulación ignoraban dichos ciudadanos) al que se agregaban los demás que eran necesarios, conseguirían el trabajo ofrecido y además la residencia legal en nuestro país, los perjudicados entregaron cantidades de dinero a los acusados".

Siendo así la existencia del engaño como elemento típico de la estafa no puede ser cuestionada.

Es cierto como hemos dicho en SSTs. 42/2014 de 5.2 , 867/2013 de 28.11 , 539/2013 de 27.6 , 37/2013 de 30.1 entre las más recientes, la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación



www.civil-mercantil.com

engañoso, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9 , 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 29.2), que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y "la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece" (SSTS. 44/93 de 25.1 , 733/93 de 2.4), y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad y, por consiguiente constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98 , 2.3.2000 , 26.7.2000).

Ahora bien 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 " avisgadas " , 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,



CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEF Legal.-**

www.civil-mercantil.com

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.

Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (STS. 2464/2001 de 20.12). Ahora bien debe también señalarse (SSTS. 1195/2005 de 9.10 , 945/2008 de 10.12), que el concepto de engaño bastante, no puede servir para desplazar en el sujeto pasivo del delito todas las circunstancias concurrentes desplegadas por el ardid del autor del delito, de manera que termine siendo responsable de la maquinación precisamente quien es su víctima, que es la persona protegida por la norma penal ante la puesta en marcha desplegada por el estafador.

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



www.civil-mercantil.com

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 "filo-mish", billete de lotería premiado o "tocomocho", timo del pañuelo o "paquero", etc...).

En definitiva, en la determinación de la suficiencia del engaño hemos de partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Regla general que enuncia la STS. 1243/2000 de 11.7 del siguiente modo: "el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esta regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones. Esa dialéctica la entendemos poco adecuada cuando se trata de medir la culpabilidad del sometido a enjuiciamiento por delito de estafa, y que podría darse más bien en los supuestos de tentativa y, sobre todo, de tentativa inidónea".

En el caso presente hubo engaño bastante al presentar a las víctimas -personas extranjeras en situación irregular en España y con dificultades para entender y hablar el castellano- contratos de trabajo falsos, haciendo creer a aquéllas que así podían trabajar y obtener la residencia por arraigo laboral, engaño, por tanto, causal y que provocó el error del sujeto pasivo y las entregas de dinero recogidas en el factum, esto es el desplazamiento patrimonial en perjuicio de las propias víctimas.

Quinto.

El motivo segundo por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim . por indebida aplicación del art. 395 CP , relativo al delito de falsedad en documento privado.



www.civil-mercantil.com

Así se argumenta que en la relación de hechos probados que contiene la sentencia no existe el más mínimo dato o elemento que indique o infiera que la recurrente haya falsificado documento privado alguno. Además insiste en la denuncia de que ninguna acusación ha solicitado la condena por dicho delito lo que supone no solo la vulneración del principio acusatorio, sino del art. 395 CP, que no debe ser aplicado si ninguna acusación lo ha pedido. Denuncia ésta que ya ha sido analizada y desestimada en el motivo primero del recurso, remitiéndonos a lo ya argumentado para evitar innecesarias repeticiones.

-En cuanto a la autoría de falsedad en documento privado en el factum se recoge que los contratos de trabajo los presentaban los acusados a los ciudadanos extranjeros ya firmados " con firmas simuladas en el espacio correspondiente al empleador, firmas que hacían los propios acusados u otras personas por su encargo".

La sentencia recurrida no atribuye, por tanto, directa y exclusivamente a los recurrentes la autoría material de las falsificaciones, pero la falsedad documental -decíamos en STS. 64/2014 de 11.12 - no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento (SSTS. 79/2002 de 24.1 , 163/2004 de 16.3 , 57/2006 de 27.1 , 919/2007 de 20.11 , 469/2008 de 9.7 , 84/2010 de 18.2).

Por ello se ha declarado reiteradamente que en el delito de falsificación documental se puede distinguir una autoría intelectual y una material. Aquella se integra por el reconocimiento de falsedad hecha por un tercero y en la utilización del documento a sabiendas de su falsedad. Autor material sería el que de hecho lleva a cabo la falsificación, por lo demás es claro que en relación a este delito cabe la inducción y la cooperación necesaria - SSTS. 27.5.2002 , 661/2002 de 19.9 , 1325/2003 de 13.10 , 1/2004 de 16.1).

En definitiva, como se dice en STS. 552/2006 de 16.5 el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, entre otras razones, por cuanto se admite la posibilidad de la autoría mediata. De ello se deduce que, aunque normalmente, el autor será el que materialmente ha confeccionado (alterado o dañado) el documento, sin embargo es posible admitir la autoría (no sólo por la vía de la autoría mediata o la inducción) en casos en los que la persona no ha sido quien materialmente confeccionó el documento. Son los supuestos de coautoría en los que existe un dominio funcional del hecho conforme al plan trazado por los autores. En este sentido la STS. 146/2005 de 7.2 se recuerda que la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma, u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría siendo reiterada y uniforme la



www.civil-mercantil.com

doctrina de esta Sala que afirma que en supuestos de falsedad documental no se impide la condena por autoría, aunque se ignore la identidad de quien ejecutara materialmente la confección falsaria del documento, siempre que conste la intervención del acusado en el previo concierto para llevar la misma o haya dispuesto del "dominio funcional del hecho", bastando el concierto y reparto previo de papeles para la realización, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga u ostente el dominio del hecho, SSTS. 744 de 27.4.2002 , 37 de 25.1.2006). Por ello no es óbice para que se pueda reputar a una persona como autora del delito de falsedad que no haya quedado probado quien hubiera realizado personal o materialmente las manipulaciones, sino que el uso conscientemente delictivo del documento es un elemento decisivo para tener por probada la autoría mediata del documento falso.

El motivo por lo expuesto debe ser desestimado.

Sexto.

En el apartado IV denuncia al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim , error de hecho en la apreciación de la prueba, a la vista del informe pericial caligráfico (folios 530 y ss.) del que no se deduce en ningún momento que la recurrente haya falsificado documento alguno.

El motivo deviene improsperable.

Como hemos dicho en reciente STS. 180/2014 de 6.3 , por la vía del Art. 849.2 LECrim . solo se pueden combatir los errores fácticos y no los errores jurídicos que se entiendan cometidos por la sentencia en la interpretación de los hechos.

Por ello, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el Art. 849.2 LECrim ., se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que si hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo este, Art. 849.1 LECrim . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo



www.civil-mercantil.com

que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el Art. 849.2 LECrim . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien la doctrina de esta Sala, por ejemplo SSTs. 6.6.2002 y 4.7.2007 , viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " literosuficientes " o " autosuficientes ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la practica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el Art. 741 LECrim . Como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos



www.civil-mercantil.com

jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96 , 11.11.97 , 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Y en el caso presente, en relación a los informes periciales médicos la doctrina de esta Sala, por todas, STS. 858/2013 de 24.10 mantiene, que dichos informes no son en realidad documentos, sino pruebas personales documentadas consistentes en la emisión de pareceres técnicos sobre determinadas materias o sobre determinados hechos por parte de quienes tienen sobre los mismos una preparación especial, con la finalidad de facilitar la labor del Tribunal en el momento de valorar la prueba.

No se trata de pruebas que aporten aspectos fácticos, sino criterios que auxilian al órgano jurisdiccional en la interpretación y valoración de los hechos, sin modificar las facultades que le corresponden en orden a la valoración de la prueba. Por otro lado, su carácter de prueba personal no debe perderse de vista cuando la prueba pericial ha sido ratificada, ampliada o aclarada en el acto del juicio oral ante el Tribunal, pues estos aspectos quedan entonces de alguna forma afectados por la percepción directa del órgano jurisdiccional a consecuencia de la inmediación (SSTs. 5.6.2000 , 5.11.2003).

Por ello la Sala Segunda solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como:

a) 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,



www.civil-mercantil.com

pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma 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 las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3).

En el primer caso se demuestra un error porque asumiendo su informe al incorporar a los hechos las conclusiones del único informe pericial sin explicación que lo justifique se hace de un modo que desvirtúa su contenido probatorio, y en el segundo se evidencia un razonamiento abiertamente contrario a la exigencia de racionalidad del proceso valorativo (STS. 2144/2002 de 19.12).

En el caso presente la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones del informe pericial que tras señalar que las firmas son una imitación servil de la firma indubitada concluye que no se ha podido determinar si Bibiana es o no la autora de las cuatro firmas problema, conclusión que la sentencia analiza en el fundamento jurídico segundo -calificación de los hechos- y lo considera indiferente a los efectos de la autoría del delito de falsificación, en virtud de la doctrina jurisprudencial expuesta en el motivo precedente.

RECURSO INTERPUESTO POR Jesús

Septimo.

El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ , por vulneración del principio de presunción de inocencia, art. 24.2 CE .

Cuestiona en primer lugar la existencia de la prueba de cargo bastante contra el recurrente, dado que la propia sentencia, fundamento derecho primero, habla de "discrepancias entre las declaraciones de los acusados y de los testigos perjudicados", y optando por dar mayor credibilidad a estos, sin probar que la presente falsedad fuera realizada por el recurrente, amalgamando meros indicios para enervar la presunción de inocencia.

Queja del recurrente que resulta infundada.

Como venimos afirmando en recientes sentencias, SSTS. 327/2014 de 24.4 , 698/2013 de 18.7 , a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y



www.civil-mercantil.com

constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. 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 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, 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 de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En efecto -como hemos dicho en STS. 294/2008 de 27.5 , la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases.

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.



www.civil-mercantil.com

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atento, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración.

La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción.

Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En este sentido la STS. 1507/2005 de 9.12 , establece que: "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple



www.civil-mercantil.com

aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria --art. 9-3º--, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

En definitiva sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009 de 13-4 y 131/2010 de 18-1 ; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de prueba válidas y lícitas, de contenido incriminador, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el tribunal de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes. Lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que exige porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009 , si más allá del convencimiento de la acusación, puede estimarse que los medios que valoré autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurra prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de la instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in



www.civil-mercantil.com

dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba.

Consecuentemente el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si norma considera, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTs 528/2007 ; 476/2006 ; 866/2005 ; 220/2004 ; 6/2003 ; 1171/2001).

Octavo.

Expuestas estas consideraciones previas la sentencia de instancia basa su convicción que plasma en la declaración de hechos probados en la prueba consistente en las declaraciones de los acusados y testigos propuestos, la pericial practicada y la documental aportada, y precisamente concede mayor credibilidad a las declaraciones de los testigos perjudicados, al encontrarse avaladas por la coincidencia de las mismas, en cuanto a las cantidades entregadas, metodología común y dinámica comitiva, y corroboradas por la actuación administrativa y policial, la testifical de los empleadores Juan María y Bernardino , cuyos datos fueron utilizados sin su conocimiento y consentimiento.

El recurrente cuestiona esa valoración probatoria insistiendo en su subjetiva versión de no haberse probado los hechos, olvidando que cuando lo que se denuncia no es la ausencia de actividad probatoria sino la discrepancia con la valoración que se ha hecho de la misma, no puede hablarse de vulneración de la presunción de inocencia, sino solo si la inferencia de la Sala "a quo" es razonable desde el punto de vista de la lógica y coherencia como desde la óptica del grado de validez requerido.

Y en el caso analizado no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas



www.civil-mercantil.com

incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del acusado.

En segundo lugar denuncia la vulneración del principio acusatorio al haber sido condenado por un delito de falsedad en documento privado, cuando venía acusado por un delito de falsedad en documento mercantil, pretensión coincidente con la articulada por la anterior recurrente por lo que nos remitimos a lo ya argumentado en orden a su desestimación.

Noveno.

El motivo segundo por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim , al haberse conculcado los arts. 395 y 390.2 CP , relativo a la falsedad en documento privado, y los arts. 248 , 249 CP , referentes al delito de estafa.

El motivo sin respetar los hechos probados, plantea cuestiones similares a las ya analizadas en los motivos 2º y 3º de la anterior recurrente, lo que aboca a su desestimación.

Decimo.

El motivo tercero por infracción de Ley al amparo del art. 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta al analizar el mismo motivo articulado por la anterior recurrente en base al art. 849.2 LECrim , la pretensión del recurrente deviene inaceptable, al limitarse a designar como documento "la grabación de la vista" sin concretar ni especificar cual es el error padecido.

Decimo Primero.

Consecuentemente el recurso debería ser desestimado en su totalidad. No obstante la voluntad impugnativa del recurrente permite corregir en beneficio del reo, cualquier error de derecho suficientemente constatado (SSTS. 1044/98 de 18.9 , 212/99 de 15.2 , 306/2000 de 22.2 , 268/2001 de 19.2 , 139/2009 de 24.2 , 625/2010 de 6.7 , 95/2014 de 20.2), por cuanto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia,



www.civil-mercantil.com

inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que como derecho fundamental implícitamente esta asumido por el acusado al formular su pretensión revocatoria.

Decimo Segundo.

Siendo así constituye presupuesto de la reincidencia que "al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo titulo de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza". Pues bien en el propio relato fáctico apartado II, la sentencia recoge que Jesús fue condenado en sentencia firme de fecha 15.10.2011 y los hechos objeto de la presente causa tuvieron lugar en un periodo temporal entre el 13.1.2010 - contrato de Eleuterio - y 9.5.2011 - contrato Balbino , por lo que habiéndose cometido los hechos con anterior a la firmeza de aquella condena -condena ejecutoria y condena que alcanzó la firmeza- es patente que no concurre la agravante de reincidencia sin perjuicio de que tal circunstancia pueda ser tenida en cuenta a la hora de individualizar la pena (STS. 3.2.2005).

Decimo Tercero.

Estimándose parcialmente los recursos las costas se declaran de oficio, art. 901 LECrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente a los recursos de casación, interpuestos por Bibiana y Jesús , contra sentencia de 10 de abril de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda , y en su virtud CASAMOS y ANULAMOS referida resolución dictando segunda sentencia, declarando de oficio costas recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamosD. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil catorce.

I. ANTECEDENTES



www.civil-mercantil.com

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos hechos probados.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Bilbao, con el número 81 de 2012 , y seguida ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 2ª por delito falsedad y estafa, contra Bibiana , con DNI. NUM000 , nacida el NUM001 .1968, en Fuencarral (Madrid), hija de Adolfo y Elisa , en situación de libertad provisional por esta causa; Jesús , con DNI. NUM002 , nacido el NUM003 .1946, en Motril (Granada), hijo de Ignacio y Valle , en situación de libertad provisional por esta causa ; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Tal como se ha razonado en la sentencia precedente no procede establecer indemnización a favor de Eleuterio .

Segundo.

Asimismo no concurre en Jesús la agravante de reincidencia, debiendo procederse a una nueva individualización penológica, teniendo en cuenta las mismas circunstancias expuestas en la sentencia recurrida "especial vulnerabilidad de las personas perjudicadas, cuyas circunstancias de debilidad y exclusión social, como extranjeros irregulares en nuestro país, eran conocidas por los dos acusados", a las que se añade el numero de perjudicados y la condena posterior por hechos similares, se considera adecuada la de 2 años y 6 meses prisión.

III. FALLO

Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Sección Segunda, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de fecha 10 de abril de 2013 , se modifica la misma en los únicos extremos:

-eliminar la indemnización concedida a favor de Eleuterio -.

-eliminar en Jesús la agravante de reincidencia, condenándole a la pena de 2 años y 6 meses prisión-.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Candido Conde-Pumpido Touron D. Julian Sanchez Melgar D. Miguel



www.civil-mercantil.com

Colmenero Menendez de Luarca D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.