

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065784

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 836/2021, de 3 de noviembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4081/2019

SUMARIO:**Diligencias sumariales. Formación del sumario. Temporalidad. Regla de exclusión probatoria. Delito de estafa.**

Conforme al artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La investigación judicial se desarrollará en un plazo máximo de doce meses desde la incoación de la causa.

La reforma operada por la Ley 41/2015 introdujo un elemento de temporalidad en el desarrollo de la fase previa, partiendo de un plazo general prorrogable mediante resoluciones motivadas que justifiquen la necesidad o no de prolongar la instrucción para la obtención de los fines propios de dicha fase. El transcurso del término o su prórroga extemporánea priva de título competencial al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. De ahí que su traspaso deba considerarse, ya desde la regulación de 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva.

La temporalidad constituye, por un lado, una condición de validez de la actuación indagatoria y, por otro, una regla de prohibición de adquisición de información sumarial. El Juez de Instrucción no podrá tomar en cuenta los datos irregularmente incorporados al proceso para fundar la decisión inculpatoria. La prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso.

Es decir, la falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, *inservible*, pero no compromete la licitud constitucional de la información contenida y su potencial utilización probatoria por otros medios en el juicio oral.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11 y 242.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, art. 324.

PONENTE:*Don Javier Hernández García.*

Magistrados:

Don ANDRES MARTINEZ ARRIETA
Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 836/2021

Fecha de sentencia: 03/11/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4081/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia Castilla y León. Sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4081/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 836/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 3 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley número 4081/2019 interpuesto por D^a. Raimunda representado por el procurador D. Javier Robleda Fernández, bajo la dirección letrada de D. Luis Felipe Gómez Ferrero contra la sentencia de fecha 24 de julio de 2019 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 7 de fecha 04/04/2019 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zamora en la causa Rollo PA 6/2018, procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de Zamora.

Intervine el Ministerio Fiscal y como parte recurrida D^a. Serafina representada por el Procurador D. José Javier Freixa Iruela, bajo la dirección letrada de D^a. Estefanía Álvarez González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Zamora incoó Procedimiento Abreviado num. 22/2017 por delito de estafa, contra Raimunda y Narciso; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zamora, cuya Sección Primera (Rollo P.A. núm. 6/2018) dictó Sentencia en fecha 4 de abril de 2019 que contiene los siguientes hechos probados:

"1. Serafina conoció a la acusada Raimunda, mayor de edad y sin antecedentes penales en el año 2.009 o 2.010 a través de un amigo de su hermano, sin que desde dichas fechas hasta el año 2.015 hubiera tenido con ella casi relaciones. Llegó a conocer en el año 2.015 que en poco más de dos años había perdido a su madre y su padre, lo que le produjo cierta tristeza, pues era muy joven. Mientras que Raimunda también conocía que tenía algo de dinero ahorrado para cancelar un préstamo personal que tenía concedido y que también había tenido problemas de violencia de género con su ex marido.

Una madrugada de los meses de junio o julio de 2.015, recibió un mensaje de WhatsApp, llorando porque había encontrado a su novio en un bar con otra chica y que necesitaba hablar con ella pro que no tenía con quien hablar, por lo que la invitó a fuera a su casa, permaneciendo ambas en casa toda la noche, contándose ambas todos los problemas.

Desde esa noche, comenzó entre ellas una gran amistad y confianza, quedando a diario y escribiéndose a todas horas. Raimunda acudía con frecuencia a casa de Serafina, se quedaba a cenar y jugaba con sus hijos, celebraban los cumpleaños juntas, convirtiéndose en amigas y confidentes, hasta el punto que le entregó unas llaves de su casa. Asimismo, el novio de Raimunda acudía a su casa, estaba en las celebraciones y también jugaba con sus hijos.

Raimunda contaba a Serafina por WhatsApp que había entrado en el Facebook de su novio Narciso y le reenvió mensajes de se supone le enviaban otras chicas a su novio

2. Un día indeterminado, después de julio de 2.015, Serafina comentó a Raimunda que había visto a un chico muy guapo en el portal de su edificio, sin que Raimunda dijera nada, si bien a los pocos días le dijo que ese chico tan guapo que había visto era amigo de ella y que vivía en el edificio y que se llamaba Aurelio. Además, Raimunda le dijo, que había estado hablando con Aurelio, quien le dijo que la conocía de vista, que era muy guapa y que también se había fijado en ella.

A medida que pasaba el tiempo, Raimunda le hablaba del supuesto Aurelio, diciéndole que era muy simpático, y muy bueno y que cuando hablaba con él le preguntaba todos los días por ella, que estaba muy pesado y que quería conocerla. Raimunda la animaba a establecer una posible relación, hablándole de lo buen chico que era y que adoraba a los niños y que estaba deseando tener una relación estable con una chica, pues había tenido muy mala suerte con las chicas que solo iban pro el dinero.

Serafina, ante las maravillas que Raimunda le hablaba de Aurelio, su interés en conocerla, establecer una relación sentimental duradera, comenzó a hacerse ilusiones de lograr una relación sentimental duradera con Aurelio. De esto modo, Serafina quedó con Raimunda en organizar una cena las dos, el supuesto Aurelio y Epifanio, que según Raimunda era primo de Aurelio, con quien había tenido una relación que termino mal, pero estaba dispuesta a soportarlo un rato.

Serafina se hizo la ilusión de conocer en esa cena a Aurelio, pero el día que estaba proyectada, Raimunda le dice que ha discutido con Epifanio y que la cena se suspende, pero le comentó que Aurelio le había dicho que no pensara mal de él y que tenía muchas ganas de conocerla.

Con posterioridad, Raimunda, le contó que no podía quedar otro día con Aurelio porque tenía un lío con la policía, que los estaban vigilando a ella y Aurelio por una trama de robo de cobre, culpa de su hermano, Héctor. Debía esperar a que le quitaran la vigilancia, que tenía pinchado el teléfono y que tuviera cuidado con lo que decía

3. El día 12 de septiembre de 2.015, fecha del cumpleaños de Serafina, quedó en su casa con Raimunda para que le felicitara. Raimunda, con el ánimo de ganarse la confianza de Serafina le había adornado, sin que lo supiera, su vehículo con globos y regalos para sorprenderla, lo que consiguió cuando bajaron de casa y vio el vehículo con los adornos, Además, le dijo, y todavía quedan más sorpresas mañana. Todo lo cual le hizo mucha ilusión a Serafina.

4. El sábado, 13 de septiembre del indicado año, Raimunda le escribe a Serafina y le dice que el supuesto Aurelio, al que todavía no había visto en persona, había ido a llevarle una pulsera de regado de Dolce Gabana, pero se había enfadado porque se había enterado de que la noche del viernes había estado hablando con Belen y el hermano de Raimunda (Candido) y Aurelio no se llevaba bien con Belen. Ella le respondió que no tenía nada con Aurelio, y podía hablar con quien quisiera y que no aceptaba la pulsera. No obstante, le dijo que el supuesto Aurelio iba a Benavente y se había dado la vuelta para darle una nota para ella y que por favor cogiera la pulsera. Le envió una foto del regalo y de la nota.

Esa misma noche Serafina fue a casa de Raimunda y ésta le dijo que sacara dos tarjetas de prepago para poder hablar directamente con Aurelio, pues hasta dicho momento todas las comunicaciones se habían realizado a través de Raimunda, que las debería poner a su nombre porque Aurelio estaba vigilado por ser amigo de unos chicos que habían cometido un robo y que no quería involucrarla.

Siguiendo de las instrucciones de Raimunda, Serafina adquirió una Tripe SIM, con número NUM000, la cual entregó a Raimunda. La SIM Prepago número NUM001, con número de teléfono NUM002, que entregó a Raimunda,

que se supone entregaría al supuesto Aurelio, y desde el que le enviaba supuestamente los SMS. La SIM Prepago número NUM003, número de teléfono NUM004, que es desde el que se ha comunicado la denunciante con el supuesto Aurelio y Raimunda.

Utilizando el número de teléfono NUM004 Serafina comenzó a comunicarse con el supuesto Aurelio a través de SMS, quien le decía que tenía serios problemas y que necesitaba dinero, pero que no quería involucrarla, si bien Raimunda, al mismo tiempo, le decía que tenían que ayudarlo y conseguir dinero como fuera. Asimismo, durante dicho periodo temporal, le dijo que el día 15 de octubre se conocerían, pues le quitaban la orden de seguimiento.

5. En el mes de septiembre, Raimunda le dijo que el tal Aurelio estaba mal y que había perdido dinero en un negocio y le estaban ayudando los amigos y que si ella le podía dejar dinero. Pese a negarse en principio logró convencerla, tras insistir, entregándole en mano a Raimunda 3.000 € que tenía ahorrados en casa. Mientras Raimunda le decía que Aurelio era uno de los socios del pub Condesa, a través de mensajes instantáneos, el supuesto Aurelio le confirmaba lo que le decía Raimunda.

En ese mismo mes Raimunda llamó a Serafina y le dice que el supuesto Aurelio tiene la policía nacional en el pub Condesa por lo que le han denunciado por ruidos y tiene que pagar una multa de 1.200 euros, y si no los paga la cierran el club, por lo que, en la creencia de que se lo devolvería, pues le dijo que en cuanto pagara la multa recuperaría el dinero entregado, le entregó a Raimunda los 1.200 euros para que se los entregara a al supuesto Aurelio. Durante este tiempo Raimunda le decía que Aurelio tenía dinero guardado en una nave, pero no podía sacarlo porque le estaban vigilando.

6. En el mes de octubre, pese a que le había dicho que el día 15 le quitaban el seguimiento, siempre surgieron disculpas que impedía llegar a conocer a Aurelio, pese a los deseos que tenía Serafina de conocerlo, llegando a tatuarse una M de Aurelio, animaba por Raimunda.

Raimunda le dijo que el día 3 de octubre era el cumpleaños del supuesto Aurelio, que cumplía 32 años y que quería unas gafas de la marca Carrera y un bono para un spa, ofreciéndose Raimunda a comprarlas, pidiéndolas por internet y el bono de hotel del spa, que pagó ella en viajes Halcón.

7. El día 4 de octubre Raimunda llama por teléfono a Serafina y le dice que a la madre de Aurelio la han tenido que ingresar con un tumor en la cabeza, que se le vuelto a desarrollar, pero que la Seguridad Social ya no le hace nada y tiene que ir a un hospital privado. Necesita dinero, pero con el seguimiento policial no puede disponer del que tiene guardado. Confiando en Raimunda ,pues ya eran amigas y confidentes inseparables, pues se hacían visitas frecuentes en sus respectivas casas, hacían fiestas y Raimunda se preocupaba de sus hijos, alcanzando un grado de confianza con ella que no había tenido con ninguna otra persona en toda su vida, y utilizando Raimunda subterfugios, como si no quisiera contárselo, logró convencerla para que le entregara, lo que hizo, la cantidad de 34.000 euros que tenía ahorrados en una cuenta bancaria para amortizar un préstamo personal y que reintegró el día 8 de octubre de 2.015 Todo ello, pese a que un primer momento era reacia a entregarle el dinero ,pero al final, al decirle Raimunda que no tenía otra opción, que Aurelio se lo devolvería en cuanto le retirasen la vigilancia policial, y que había recibido un mensaje del supuesto Aurelio, diciéndole que era capaz de cometer una locura.

El supuesto Aurelio le envió un SMS diciéndolo que ya tenía el dinero y que iba a buscar a su madre a Salamanca para llevarla a la clínica de Madrid. Después le fue contando vía SMS que se quedaría el Madrid con su madre y cuando se mejore se irían de fin de semana, hablando de un futuro juntos con sus hijos, llegando a poner una foto de WhatsApp de perfil la foto de la denunciante y sus dos hijos.

8. Durante el periodo de que hablaban, Raimunda le decía a Serafina que había heredado de sus padres muchos bienes inmuebles, pero que para ponerlos a su nombre tenía muchos gastos entre ellos los que tenía que pagar a un abogado de Zamora llamado Aurelio. También le dijo que tenía muchos gastos de veterinario de un perro que tenía cáncer y en Zamora no había posibilidades de cura, habiendo tenido que ir a Madrid y León.

Tanto Raimunda como el supuesto Aurelio le comentaron que un tal Horacio (el gallego), amigo de ambos, vino a Zamora con un coche, marca y modelo Seat León Cupra, que se había comprado para enseñárselo y que le había gustado mucho y que ella quería comprarse uno igual.

También le contó que el tal Horacio, que estaba enamorado de ella y un admirador le había regalado un anillo, enviándole una fotografía del anillo regalado puesto en el dedo índice.

9. Raimunda le dice que está harta de su novio que cuando estuvieran junto ella y el tal Aurelio se marcharía de Zamora

10. El día 2 de noviembre de 2.015 se rompe la pantalla del móvil de la marca BQ que utilizaba Serafina, cogiendo un iPhone 5 que tenía en casa, quedándose con él Raimunda la noche del día 2 al 3 y le dejó uno viejo de la marca Alcatel a través del cual siguió comunicándose con el supuesto Aurelio y Raimunda. A través de este

teléfono, Raimunda le dice que se ha armado una muy gorda, que la hermana de Aurelio ha pedido dinero a un prestamista y le debe 14.000 euros, y que si no los devuelve la raptan y les cortan un dedo a sus hijos.

11. Durante esos primeros días del mes de noviembre, el supuesto Aurelio y Serafina planeaban pasar un fin de semana juntos en Galicia haciéndole ilusionarse Raimunda

El día 8 de noviembre, Raimunda, puesto que Serafina no veía el día en que conociera personalmente al supuesto Aurelio, ya que siempre había alguna disculpa para proponerlo: empeoramiento de la madre, que no dejaban estar a su hermana el hospital, muerte del perro de Raimunda, esta, que se comunicaba con el supuesto Aurelio mediante otro número de teléfono, le dice por mensajes que Aurelio se deja cargando el teléfono en la habitación del hospital donde está ingresada su madre

12. A partir del 15 de noviembre de 2.015, cuando Serafina ya conoce que le ha dicho Raimunda sobre la deuda de la hermana del supuesto Aurelio ésta comienza a hablar de un negocio de Aurelio en el que tiene que invertir 15.000 euros, necesitando el total de 29.000 euros para pagar la deuda de su hermana, pues de lo contrario les harán daño a sus sobrinos, y la inversión en el negocio, pues es la única solución. Serafina, dado que no disponía de dichas cantidades, la convence Raimunda para que pida a amigos o familiares, que le devolverá el dinero en breve plazo.

Así, realiza una retirada en efecto de 5.000 euros de una cuenta a su nombre que, junto con otros 2.500 euros que tenía ahorrados para amortizar el préstamo con el Banco Santander, entregó a Raimunda para que los hiciera llegar al supuesto Aurelio.

El fin de semana del día 20 de noviembre estaba previsto un encuentro entre Serafina y el supuesto Aurelio, pero Raimunda le dice que el supuesto Aurelio está en los calabozos de Salamanca, y que el abogado le había dicho que hasta el lunes no lo soltaban. Pese a que Serafina le dice que quiera ir a Salamanca el sábado por ver qué pasa, Raimunda la dice que el domingo ha quedado para hablar con el abogado, sin embargo, tampoco pudieron ir el domingo, pues Raimunda al parecer se puso mala.

13. El día 20 de noviembre de 2.015, ante las presiones de la necesidad del dinero para pagar la deuda de la hermana del supuesto Aurelio y la cantidad necesaria para la inversión, y puesto que no dispone de más dinero que el ya entregado, conviene con Cayetano un contrato de préstamo a particulares, mediante el cual el prestamista se obligaba a entregarle la suma de 20.700 euros en efectivo para destinarlos a financiar atenciones personales, que aseguró con el vehículo y el local donde ejercía su actividad de peluquería. En un primer momento el prestamista le anticipó la suma de 14.000 euros, que entregó a Raimunda para que se los entregara al supuesto Aurelio. A los pocos días el día 27 de noviembre le entregó otra cantidad de 6.000 euros. Raimunda le dijo que esta última cantidad había que llevarla a Salamanca para dársela el prestamista de la hermana de Aurelio. Y, si bien en principio le dijo que no podía ir con ella, porque estaría dicho prestamista y no se iba de él, después accedió a que fuera, pero mientras Serafina se quedó en el Burger King, Raimunda se fue con el dinero al Media Mark de Salamanca, que era el lugar en que había quedado para entregar el dinero. En dicho viaje también estuvo Narciso, el novio de Raimunda.

Además de las cantidades dinerarias entregadas le hace entrega de los pendientes de boda y un anillo de pedida para cubrir el importe de la deuda, valorados en 600 euros.

14. Entre los días 21 a 27 de noviembre de 2.015, la denunciante y el supuesto Aurelio estaban planeando tener un encuentro para conocerse cuando saliera su madre de la clínica, y poder pasar un fin de semana juntos para celebrar fuera de la clínica el cumpleaños de la madre de Aurelio, a la cual también iría Raimunda. Y, cuando ya estaba todo preparado para ir a Madrid, el día 28 de noviembre, le escribe Raimunda para decirle que el supuesto Aurelio le había enviado una supuesta conversación privada que tuvo con otra persona y que ya no quería saber nada con ella ni con Raimunda, que el habían engañado.

Puesto que Serafina no entendía nada y estaba desesperada, va a buscar a Raimunda para que le dé explicaciones y le pide que le facilite el teléfono de la madre o de la hermana de Aurelio o el teléfono de Aurelio a través del que se comunica con Raimunda pro WhatsApp para explicarle que era una conversación privada de hacía más de un año, sin que Raimunda le facilitara ningún medio de comunicarse con Aurelio.

Después de ir ambas a Salamanca a comprar una cola especial en Porcelanosa que le había encargado Narciso a Raimunda, regresan a Zamora a casa de la denunciante, mientras Serafina bañaba a sus hijos, Raimunda se fue a comprar algo para cenar. De regreso, la denunciante dejó el teléfono BG encima de la mesa y se fue a dormir, pues estaba agotada, mientras Raimunda preparaba la leche para sus hijos, comprobando al día siguiente que el teléfono estaba vacío de mensajes, fotos y música.

La denunciante llamó a Raimunda para decirle sí sabía algo, pero no contestaba, enviándole un mensaje donde ya le dice que Aurelio es un estafador profesional, que le han contratado dos personas y que estaba el Pontevedra junto con el amigo Horacio (el gallego).

15. Serafina es propietaria de un terminal móvil BQ Aquarius 5, con número de teléfono NUM005, con tarjeta SIM de contrato, y fue el utilizado para comunicarse con Raimunda en los meses de junio y julio del 2.015.

Adquiridas las tarjetas a que nos hemos referido en el hecho cuarto en el mes de septiembre de 2.015 una de ellas, el número NUM004, la instaló en el citado terminal, pues admite operar con dos tarjetas, y desde este terminal, con la indicada tarjeta estuvo comunicándose con Raimunda y el supuesto Aurelio. El número NUM002, supuestamente era el utilizado por el supuesto Aurelio, mientras que el número NUM006 era utilizado por Raimunda.

En la noche del 2 al 3 de noviembre se rompió la pantalla del BQ Aquarius y para seguir comunicándose en tanto reparaba el anterior cogió un terminal de su propiedad iPhone 5, instalando la tarjeta con número NUM005, que tenía instalado en el terminal averiado. Este terminal se lo quedó Raimunda en la noche del 2 al 3 de noviembre para instalarle aplicaciones, y ponérselo al día. Ese mismo día, Raimunda entregó a Serafina otro terminal, marca Alcatel, de su propiedad para que usara, pues los dos de su propiedad, uno estaba averiado y el otro se quedó con él Raimunda para actualizarlo, instalando en dicho terminal la tarjeta con número NUM004, que extrajo del averiado, comunicándose con el supuesto Aurelio y Raimunda a través de SMS. Este terminal solo lo utilizó desde el día 2 al 4 de noviembre

Reparado el modelo BQ Aquarius, se lo entregaron el día 4 o 5 de noviembre e instaló de nuevo la tarjeta con la que se había venido comunicando con el supuesto pro SMS Aurelio, NUM004. Mientras el modelo iPhone 5, con la tarjeta terminada en 833 lo siguió utilizando para uso habitual de su trabajo de peluquera y comunicación por WhatsApp con Raimunda.

16. a) Narciso, compañero sentimental de Raimunda con quien contrajo matrimonio, en fecha 31 de octubre de 2.015 encargó la compra de un vehículo, Seat León, serie Cupra, matrículaFHW, que era de las mismas características que le había comentado Raimunda a Serafina que le gustaba porque se lo había visto a un amigo de Narciso.

El indicado vehículo fue facturado a nombre de Narciso en fecha 7 de enero de 2.016 y matriculado el día 8 de enero de 2.016.

El precio del vehículo era de 34.096,39 euros, que fue pagado mediante un anticipo de 743,80 euros y 16 cuotas de dos mil euros cada una, nueve de las cuales fueron ingresadas por Raimunda en el BBVA, cuatro en el mes de noviembre de 2015 y las otras cinco en el mes de diciembre de 2.015; mientras que las siete restantes fueron ingresadas por Narciso en la misma cuenta bancaria, cinco en el mes de noviembre de 2.015 y dos en el mes de diciembre de 2.015, y, una última de 1.194 euros en el mes de enero de 2.016.

b) Narciso figura en el censo de la Agencia Tributaria en actividades económicas de albañilería pequeños trabajos de construcción desde el día 13 de febrero de 2.012, habiendo abonado el 31 de diciembre de 2.015 la cuota de la Seguridad social Trabajadores Autónomos de 264,43 euros.

c) Narciso figura como titular dominical de una vivienda sita en la CALLE000, número NUM007, adquirida por compraventa el día 24 de marzo de 2.006, gravada con hipoteca a favor de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros Monte de Piedad para responder de 1117.000 euros la cual subsistía al menos el 6 de mayo de 2.017

d) Narciso facturó trabajos de construcción en el mes de octubre de 2.015 por importe de 3.826,27 euros. En el mes de diciembre de 2.015 facturó por dichos trabajos la cantidad de 10.231,86 euros.

e) En la declaración del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas del ejercicio 2.015 Narciso figura con retribuciones dinerarias brutas de 1.773,23 euros y un rendimiento neto total de actividades económicas en estimación directa de -7.269 euros.

En la declaración de la renta del ejercicio 2.013 figura con una base imponible general de -25.606 euros

17. a) Raimunda figura a fecha 6 de mayo de 2.016 como propietaria en pleno dominio de un local comercial en la calle Trevinca, s/n, planta Bj., adquirido por herencia en virtud de escritura pública de 1 de marzo de 2.016.

El anterior local fue arrendado mediante contrato privado de arrendamiento en fecha 15 de marzo de 2.016 a Esteban con una duración de cinco años y una renta mensual de 100 euros para destinarlo a bar-restaurante. No se ha justificado por ningún medio que el arrendatario hubiera satisfecho las rentas pactadas.

En dicho local se realizaron obras de reforma, interviniendo en su realización Narciso, pero no se ha probado el alcance y valor de las obras realizadas, aunque el local fue abierto como bar el 7 de mayo de 2.016.

b) La acusada figura como arrendador de un local comercial sito en la calle Miguel de Unamuno, número 2, con fecha 1 de mayo de 2.015, a favor de Felicidad, con una duración de cuatro años y una renta mensual de 300 euros, con destino a bar-restaurante Al igual que en el anterior contrato no se ha justificado por ningún medio, pues no aporta recibo de pago, ingreso bancario o declaraciones de la renta, que la arrendataria le hubiera pagado las rentas.

c) En la declaración de la renta del ejercicio 2.015 Raimunda figura con domicilio en DIRECCION000, NUM008, con una base imponible general de 3.590,24 euros, que toma como rendimientos dinerarios de 236,70 euros y por rendimiento netos de bienes inmuebles, excluida vivienda habitual de 3.590,23.

d) Con fecha 14 de abril de 2.016, la entidad Caja Rural de Zamora Cooperativa de Crédito, convino con Raimunda un contrato de aval solidario, mediante el cual la entidad bancaria avalada a Raimunda ante HEINEKEN ESPAÑA S. A hasta la cuantía máxima de 30.000 euros en garantía del cumplimiento de las obligaciones de pago que el avalado asume en virtud de contrato de compraventa suscrito con dicha sociedad

El aval concedido estaba condicionado de que fuera cancelado el préstamo número NUM009 concedido con anterioridad por CAJA RURAL DE ZAMORA y del cual era titular Raimunda.

El único préstamo cancelado en fecha 4 de mayo de 2.016 fue el préstamo con capital inicial de 12.318,56 euros.

18. Raimunda es hija de Juan Miguel, quien falleció el día 26 de diciembre de 2.014, habiendo otorgado testamento el día 19 de mayo de 2.005. Asimismo, la madre de Raimunda había otorgado testamento en fecha 10 de mayo de 2.009

19. La acusada era titular de aun pensión de orfandad, que tuvo puesta al cobró durante el ejercicio 2.015 la cantidad de 9.437, 38 euros, sin que conste si las cobró.

20. El padre de Raimunda tenía concertada una póliza de seguro con cobertura de fallecimiento con la entidad ZURICH INSULRANCE PLC, EN ESPAÑA- Sin embargo, se desconoce el importe del capital y si en efecto al fallecimiento de su padre la acusada como supuesta beneficiaria del seguro cobró algún tipo de indemnización.

21. Serafina figura como titular en España Caja Duero de una cuenta, número NUM010, en la cual había un saldo cero en fecha 28 de julio de 2.016 y con unos saldos negativos desde el 26 de mayo de 2.015. Asimismo, era titular de dos cuentas en el Banco Santander la terminada en ... NUM011 con un saldo de cero en el año 2.015, y la terminada en NUM012, figura con un saldo cero a fecha 11 de julio de 2.016 y, durante el periodo 13 de enero de 2.016 hasta el final el saldo positivo máximo que tuvo fue de 1.250 euros. Por otro lado, también fue titular de dos libretas de ahorro en Caja Rural de Zamora, de las cuales no se facilitaron datos de sus números respectivos, figurando en una de ellas, un saldo máximo de 35.638,09 euros. Dicha cuenta hasta el día 24 de septiembre de 2.015 se nutrió con dos transferencias de Imanol por importe de 28.000 euros, su ex esposo y una transferencia de 9.000 euros de Imanol, realizando Serafina otra transferencia en fecha 24 de septiembre de 2.015 por importe de 34.638,09 a otra cuenta a su nombre.

En otra de las cuentas, cuyo extracto abarca desde el día 2 de enero de 2.015 al día 18 de diciembre de 2.017, comenzó con un saldo positivo de 261,84 euros y terminó con un saldo positivo de 2,89 euros. Los diferentes apuntes reflejan que son relacionados con la actividad de peluquería y restauración de la denunciante. La mayoría no superan los 200 euros, figurando numerosos saldos negativos, que se enjugaban con transferencias que realizaba la propia denunciante desde otras cuentas o de otras personas, que rondaban los mil o mil quinientos euros, o pagos que realizaban terceras personas por facturación de comercio.

-Prueba documental obrante a los folios no enumerados del rollo."

Segundo.

La Audiencia Provincial de Zamora (Sección Primera) dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a Doña Raimunda, como autora responsable criminalmente de un delito de estafa con la agravante de valor de la defraudación supere los 50.000 euros, ya definido, de los artículos 248, 250.1 5ª, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de PRISIÓN de TRES AÑOS y MULTA de NUEVE MESES, con una cuota diaria de 10 euros. Asimismo, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En caso de impago de la pena de multa, conlleva una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas.

La condenada indemnizara a Serafina en la cantidad de SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS (66.300) euros.

Absolvemos a Doña Raimunda del delito de blanqueo de capitales y Narciso de los delitos de estafa y blanqueo de capitales.

Se imponen a la condenada la mitad de las costas procesales, incluida la mitad de las costas procesales de la acusación particular de su acusación. Declaramos de oficio las costas de la acusación del acusado absuelto.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y a los acusados en su persona."

Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Raimunda; dictándose sentencia núm. 49/2019 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en fecha 24 de julio de 2019, en el Rollo de apelación núm. 42/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el condenado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zamora en el procedimiento de que dimana el presente Rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con costas al apelante, incluidas las de la acusación particular."

Cuarto.

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

Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero. Por infracción de ley. Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim por infracción del artículo 248 del Código Penal. Inexistencia de engaño con las características que lo hagan penalmente relevante. Falta de prueba de incorporación al patrimonio de mi mandante de suma alguna de dinero.

Motivo Segundo. Por infracción de ley. Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim por infracción del artículo 250.1.5º del Código Penal. Ninguna de las supuestas entregas por sí solas supera los 50.000 euros. La supuesta cantidad notoria entregada (la suma de cada una de ellas) no tiene el menor indicio ni prueba de realidad: ni un recibo, ni un mensaje, nada. Solo la palabra de la denunciante.

Motivo Tercero. Por infracción de ley. Al amparo del artículo 849.1º de la LECrim por infracción del artículo del 324 de la LECrim.

Motivo Cuarto. Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo Quinto. Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española en su vertiente de presunción de inocencia.

Motivo Sexto. Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ por vulneración de los artículos 18.3, 18.1 y 24.2 CE.

Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la representación de la parte recurrida solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

Hecho el señalamiento para el día 13 de julio de 2021, iniciada la deliberación, se suspendió, y por providencia de 19/07/21 se acuerda dar traslado a las partes por plazo común de quince días, para que alegaran por escrito lo que a su derecho conviniera en relación a sus pretensiones, sobre la doctrina contenida en la STS de 27 de mayo de 2021 y relativa al art. 324 LECrim.

Octavo.

Evacuados los traslados conferidos, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 2 de noviembre de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Objeto

1. La representación de la Sra. Raimunda interpone recurso de casación sobre la base de tres motivos por infracción de ley y otros tres por infracción de precepto constitucional, uno por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, otro por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y otro por violación del derecho al secreto de las comunicaciones. Sin bien, si se atiende a los respectivos desarrollos argumentales, podrá comprobarse cómo uno de los motivos por infracción de ley lo dedica a cuestionar el aprovechamiento probatorio de determinados medios de prueba por infracción del régimen de temporalidad establecido en el artículo 324 LECrim, lo que obliga a situar dicho motivo en el espacio del artículo 852 LECrim.

Lo que justifica, también, reajustar el orden propuesto por la parte, iniciando nuestro análisis por los motivos que cuestionan la licitud y la utilización de los medios de prueba y denuncian lesión del derecho a la presunción de inocencia para continuar por el que, estrictamente, combate el juicio de tipicidad.

PRIMER MOTIVO -TERCERO Y CUARTO EN EL ORDEN PROPUESTO EN EL ESCRITO DE INTERPOSICIÓN-, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PROCESAL DE INSTRUCCIÓN FIJADO EN EL ARTÍCULO 324 LECRIM . NULIDAD DE LAS PRUEBAS APORTADAS FUERA DE PLAZO

2. El motivo, como ya pusimos de relieve al identificar el objeto del recurso, presenta un error de fundamentación. La infracción de la norma procesal, a salvo cuando, ex artículo 849.1º LECrim, aparezca íntimamente vinculada a la aplicación de la norma penal sustantiva -vid. por ejemplo, condiciones de procedibilidad, cosa juzgada, falta de jurisdicción- debe encauzarse por la vía del artículo 852 LECrim como lesión del derecho a un proceso con todas las garantías.

Garantías entre las que se encuentran aquellas que disciplinan el tiempo de producción de las diligencias de investigación, el modo de obtención de las fuentes de prueba y de proposición y práctica de los medios probatorios.

Pese a ello, el principio de protección del derecho al recurso permite, en este caso, reconducir el error, posibilitando, con ello, su admisión, sin apenas costes en términos de equidad e igualdad de armas. El error normativo de identificación no ha impedido a las otras partes concernidas a ejercer con plenitud sus expectativas alegatorias, impugnando el motivo con argumentos de fondo -vid. sobre estándares de inadmisibilidad de los recursos, STEDH, caso Albuquerque Fernandez c. Portugal, de 12 de enero de 2021 (nº de demanda 50.160/13), caso Succi y otros c. Italia, de 28 de octubre de 2021 (nº de demanda 55064/11 y otros)-.

3. Sentado lo anterior, la recurrente denuncia violación del derecho a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y al procedimiento legalmente establecido y con todas las garantías. La fase instructora, se afirma, finalizó el 10 de noviembre de 2015 sin que, previamente, se hubiera ordenado ninguna prórroga o prolongación del plazo de investigación en los términos previstos en el artículo 324 LECrim. Pese a ello, se ordenaron y practicaron diligencias de investigación tendientes a acreditar la realidad de las disposiciones dinerarias que se afirman realizadas por la Sra. Serafina en clara infracción del régimen de producción. Lo que debe conducir a declarar la nulidad de " todas las pruebas practicadas" tras el 10 de noviembre de 2016. Lo que se traduce, según la recurrente, en reducir aún más si cabe el fundamento probatorio de la condena, haciendo patente su intrínseca debilidad.

4. Antes de entrar a analizar el gravamen y las consecuencias que, de estimarse, se derivarían, debemos despejar una suerte de cuestión previa relativa al presupuesto temporal de producción de las diligencias de investigación que se afirma incumplido. Las acusaciones, de consuno, cuestionan que se traspasara el término de instrucción pues si bien el proceso de investigación se inició el 9 de mayo de 2016, el 30 de mayo de 2016 se dictó auto de sobreseimiento provisional que, de conformidad a lo previsto en el artículo 324.3 b) LECrim, vigente al tiempo de la tramitación de la causa, supuso la suspensión del término de instrucción. Término que se reanudó el 25 de octubre de 2016, cubriéndose con ello la producción de todas las diligencias de investigación realizadas hasta el 15 de diciembre de 2016, fecha en la que se ordenó la prosecución del proceso por los trámites preparatorios del juicio oral.

§ Relevancia interruptora del plazo de investigación del auto de 30 de mayo de 2016

5. En efecto, tal como revelan las acusaciones, se dictó un auto ordenando el sobreseimiento provisional de la causa en fecha 30 de mayo de 2016, pero analizado su contenido se aprecia con toda claridad su absoluta falta de fundamento procesal para justificar una decisión de crisis como la ordenada. No solo eso. El auto comprometió de manera grave el derecho de los investigados, y posteriormente acusados, a conocer con prontitud la existencia de una imputación dirigida contra ellos y la apertura de un procedimiento de investigación de los hechos presuntos sobre los que se asentaba.

6. No debe insistirse en exceso que tanto la Directiva 2012/13, sobre el derecho a la información en los procesos penales, en su artículo 6 , como las normas nacionales de transposición, previstas en los artículos 118 y

520, ambos, LECrim -estas incluso con acento intensificador respecto a la primera- previenen claras y rotundas obligaciones de traslado de la imputación a las personas concernidas en condiciones temporales próximas al momento en que aquella se produce, como garantías específicas del derecho de defensa y de la equidad del proceso.

Así y con relación al supuesto general de atribución de responsabilidad penal presunta, los derechos inculpativos, y el de información en particular, deben activarse sin demora injustificada -vid. artículo 118.1, in fine, LECrim- mientras que cuando la persona está detenida la información que integra el contenido objetivo de aquellos deberá ser trasladada a la persona detenida de forma inmediata -vid. artículo 520.2 LECrim-. No cabe duda, o no debería haber, que desde que se atribuya a una persona un hecho punible tiene, con la mayor prontitud posible, derecho a defenderse y a ser informada de las razones de dicha imputación de responsabilidad criminal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en reiterados pronunciamientos -vid. por todas, STEDH, caso Niculescu contra Rumanía, de 25 de junio de 2013 - recuerda la decisiva importancia que para el derecho a un proceso justo y equitativo adquiere la pronta garantía de los derechos a la no autoincriminación y a la asistencia letrada y el riesgo grave de inequidad que puede derivarse de su arbitraria lesión. El Tribunal Constitucional en su importante STC 135/1989 incide en que el haz de garantías defensivas que se derivan de la Constitución comporta interpretar el artículo 118 LECrim en el sentido que prohíbe, por un lado, retrasar de manera injustificada la constitución del estatus de imputación en relación con la persona que pueda aparecer como responsable del hecho justiciable. Y, por otro, prevalerse del retraso para interrogar a la persona protoimputada en calidad de testigo.

El retraso indebido, la demora injustificada, como se previene en el artículo 118 LECrim, además de fuente de inequidad del proceso, puede acarrear, entre otros efectos, la pérdida de información potencialmente probatoria ex artículo 730 LECrim si al tiempo en que el testigo que no pudo comparecer al acto del juicio prestó declaración en fase previa debería haberse ofrecido a la persona investigada la posibilidad de intervención defensiva contradictoria -vid. al respecto, SSTEDH, caso Kuchta c. Polonia, de 23 de enero de 2018; caso Przydział c. Polonia, de 24 de abril de 2016; caso Schatschaschwili c. Alemania, de 15 de diciembre de 2015; SSTC 200/96, 49/98, 2/2000 y 12/2002-.

7. Como anticipábamos, el auto de 30 de mayo de 2016 no solo no contiene ninguna justificación de las razones por las que ordena el sobreseimiento, sino que, además, se presenta irreductiblemente contradictorio con otras decisiones también adoptadas en la misma resolución por las que se ordena la práctica de determinadas investigaciones de comprobación de la previa y precisa imputación dirigida contra la hoy recurrente, de la mano de la denuncia formulada por la Sra. Serafina. Imputación que, no lo olvidemos, había justificado la propia incoación del procedimiento de diligencias previas.

Debe recordarse que el sobreseimiento por falta de autor conocido solo puede ordenarse si, después de desarrollada una razonable y proporcional actividad de investigación, los protoindicios o sospechas sobre los que se asentaba la primigenia imputación formulada no se han visto mínimamente fortalecidos por datos o elementos confirmatorios, debilitando, por ello, la necesaria base de probabilidad prevalente que justifica el mantenimiento de la imputación en el proceso penal. En modo alguno puede decidirse el sobreseimiento y, al tiempo, ordenar que se sigan investigando los hechos y las personas que ya en ese momento aparecen, con toda claridad, como imputadas.

8. La ausencia de la mínima racionalidad procesal en la decisión de 30 de mayo de 2016 que, además, se sustrajo al conocimiento de las partes haciendo imposible su control, impide identificar el efecto interrupción del plazo investigador afirmado por las acusaciones en sus escritos de impugnación. No puede validarse un efecto para el que se utiliza una fórmula absolutamente artificiosa, por su evidente desconexión del fin que de manera exclusiva le presta justificación, y que lesiona, además, el derecho a un proceso equitativo de las personas investigadas.

En consecuencia, partiendo de la norma vigente al tiempo de las actuaciones procesales seguidas en el Juzgado de Instrucción, incoado el procedimiento de diligencias previas el 9 de mayo de 2016, el término general de instrucción de seis meses, dada la ausencia de toda decisión de prórroga o prolongación de dicho plazo o de declaración de secreto, finalizó el 10 de noviembre de 2016.

§ Naturaleza de los plazos de investigación previstos en el artículo 324 LECrim -texto de 2015-

9. Despejada la anterior cuestión, el motivo reclama identificar la naturaleza procesal del plazo de investigación, antes de pronunciarnos sobre las consecuencias que puedan derivarse de su eventual incumplimiento en la presente causa.

La reforma operada por la Ley 41/2015 introdujo un elemento de temporalidad en el desarrollo de la fase previa -mantenido en la reforma operada por la Ley 2/2020, de 27 de julio- partiendo de un plazo general prorrogable mediante resoluciones motivadas que justifiquen la necesidad o no de prolongar la instrucción para la obtención de los fines propios de dicha fase. Dicha temporalización incorporó -e incorpora en la regulación vigente- consecuencias relevantes, algunas de nítido alcance preclusivo, en los propios términos contemplados en el artículo 324.6º, texto

de 2015, o en el vigente artículo 324.4, ambos, LECrim. La principal, la finalización de la fase previa y, con ella, la oportunidad de práctica de nuevas diligencias indagatorias.

La preclusión no puede modularse a salvo que restaran por practicarse o por recepcionarse diligencias ordenadas antes del transcurso de los plazos de duración establecidos, en cuyo caso la fase de instrucción permanecerá, a tales exclusivos efectos, abierta -[cuestión colateral, y no relevante en este caso, pero no por ello intrascendente para el análisis general de la temporalidad de la fase previa, es la consecuencia que se puede derivar de la doctrina contenida en la sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, asunto C-612/15, caso Kolev y otros, sobre inoponibilidad de fórmulas de crisis procesal derivadas del transcurso de plazos de tramitación en supuestos de procesos en los que se persiguen infracciones contra los intereses financieros de la Unión Europea]-.

Es cierto, no obstante, que el simple transcurso del plazo no produce el archivo de las actuaciones, en los términos utilizados por la norma originaria -vid. artículo 324.8 LECrim -, como una suerte de caducidad automática de la acción penal. Pero, precisamente por ello, y como prevenían los numerales 6 y 8 del artículo 324 LECrim, texto de 2015, y el hoy vigente artículo 324.4 LECrim, la terminación de la fase previa por expiración del plazo lo que impone al juez es la obligación de dictar la resolución que proceda al amparo del artículo 779 LECrim, a partir de la valoración del material instructor incorporado hasta ese momento a las actuaciones. Por lo que, de estimarse insuficiente para dotar de suficiente sostén indiciario a la imputación, procederá el sobreseimiento que ex artículo 641 LECrim corresponda " por no quedar debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa" o "(...) para acusar a determinada o a determinadas personas como autores, cómplices o encubridores".

10. El tiempo de producción se convierte en condición normativa de adquisición. En consecuencia, el transcurso del término o su prórroga extemporánea priva de título competencial al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. Esta vinculación del término de instrucción con el propio presupuesto subjetivo de ordenación de actuaciones investigadoras convierte al primero, sin duda, en un término propio esencial y, por ello, en condición de validez. De ahí que su traspaso deba considerarse, ya desde la regulación de 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva, de conformidad a lo previsto en el artículo 242 LOPJ. Sanción procesal, la anulación, que se ha incorporado expresamente a la regulación de la temporalidad de la fase previa en el hoy vigente artículo 324.3 LECrim -vid. STS 455/2021, de 27 de mayo-.

§ Consecuencias generales de la práctica intempestiva de diligencias instructoras

11. Como apuntábamos, la temporalidad constituye, por un lado, una condición de validez de la actuación indagatoria y, por otro, una regla de prohibición de adquisición de información sumarial. Regla de cuyo incumplimiento se deriva, como lógica consecuencia, la prohibición de utilización para los fines pretendidos con su irregular adquisición. De tal modo, la inutilizabilidad se proyecta, en términos de medio a fin, y en principio, en la toma de alguna de las decisiones de clausura de la fase previa previstas en los artículos 779 y 622 -este segundo relacionado con el artículo 384-, todos ellos, LECrim.

Muy en particular, el Juez de Instrucción no podrá tomar en cuenta los datos irregularmente incorporados al proceso para fundar la decisión inculpativa. De hacerlo, la parte agraviada podrá formular el correspondiente recurso pretendiendo, por un lado, la anulación ex artículo 242 LOPJ y consiguiente exclusión de las diligencias intempestivas y, por otro, una nueva valoración de los datos procesalmente utilizables para sostener el efecto inculpativo ordenado.

12. Ahora bien, en el caso de que se decida la prosecución del proceso por disponerse de otros datos indiciarios utilizables, resulta imprescindible destacar que la infracción del principio de adquisición por transcurso del término esencial no es un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Por lo que no procede anularle el efecto de inutilizabilidad absoluta tanto objetiva -con relación a cualquier decisión a adoptar en el proceso- como subjetiva -respecto a cualquier persona concernida por la violación de derechos- de la información así obtenida, previsto en el artículo 11 LOPJ.

Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la intempestividad convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo-.

La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso -vid. STC 97/2019-.

13. El incumplimiento de la regla de prohibición de adquisición de información sumarial más allá del término establecido en la ley, además de neutralizar su aprovechamiento para fundar la inculpación, afectará al potencial valor probatorio anticipado o preconstituido de la diligencia intempestiva. Pero no impide, insistimos, que su contenido informativo, en el caso de que se considere que hay razones indiciarias suficientes, obtenidas de diligencias regularmente practicadas, para proseguir el proceso inculpatario, pueda ser introducido en el acto del juicio como dato probatorio de la mano de otros medios de prueba propuestos por las partes -vid. SSTC 303/93, 171/99, 259/2005, 216/2006, 197/2009-.

El contenido informativo aportado intempestivamente a la fase previa de la mano, por ejemplo, de un documento no podrá ser valorado por el juez a los efectos del artículo 779 LECrim, pero ello no lo convierte en un material prohibido o ilícito. Si se decide la prosecución no hay razón constitucional alguna que impida a la parte, que considera que dicha información presta apoyo probatorio a sus pretensiones, instar su introducción como dato de prueba en el juicio mediante el correspondiente medio probatorio.

Las informaciones que preexisten al proceso y en cuya obtención, además, no se ha lesionado ningún derecho fundamental no quedan afectadas, por su intempestiva aportación mediante diligencias sumariales en la fase previa, por la regla de exclusión del artículo 11 LOPJ si no por la regla de inutilizabilidad ad hoc prevista en el propio artículo 324 LECrim en relación con lo dispuesto en el artículo 242 LOPJ.

La falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, inservible, pero no compromete la licitud constitucional de la información contenida y su potencial utilización probatoria por otros medios en el juicio oral.

§ Consecuencias derivadas en el caso

14. La recurrente pretende la "expulsión del procedimiento de todas las pruebas practicadas tras el 10 de noviembre de 2016 por haberse practicado fuera de plazo" (sic) y su no valoración probatoria. En concreto, considera que la prohibición de valoración se cierne sobre todos los documentos aportados por la Sra. Serafina en su comparecencia de 25 de noviembre de 2016 -contrato de préstamo, justificantes de reintegros, justificante de la imposibilidad de atender a determinados pagos, informe elaborado por el detective privado, informe pericial-. Elenco que amplía, aprovechando el traslado concedido a los efectos del artículo 897 LECrim, a otras diligencias testificales y de contenido documental ordenadas por auto de 30 de enero de 2017 como la declaración del Sr. Javier y diversos requerimientos de aportación de documentación bancaria e impositiva.

15. Pues bien, parece obvio que lo que se pretende no es una consecuencia procesal anudada a la afirmada infracción del plazo procesal de práctica de diligencias instructoras.

Sin perjuicio de que una buena parte de las diligencias que se afirman novedosas ordenadas por la providencia de 30 de noviembre de 2016 eran recordatorios de diligencias ya ordenadas -vid. con relación a la pericial, el contenido de la declaración testimonial de la Sra. Serafina- o simples reiteraciones de algunas ya practicadas e incorporadas a las actuaciones -vid. el contenido de los atestados ampliatorios con respecto a las aportaciones documentales relativas al préstamo o los reintegros de dinero realizados por la Sra. Serafina- y que la práctica totalidad de las ordenadas por el auto de 30 de enero de 2016 lo fueron a instancia de la defensa de la hoy recurrente, el problema no reside en su validez probatoria sino en su utilización para fundar la decisión inculpatoria.

Es evidente, si se acude al escrito de acusación formulado por la representación de la Sra. Serafina, que todos y cada uno de los contenidos informativos de las diligencias sumariales que se tachan de intempestivas han sido introducidos en el cuadro de prueba de la mano de medios de prueba pertinentes y válidos. Y tampoco creemos que ofrezca duda alguna que dichas informaciones se han obtenido sin lesionar ningún derecho fundamental, por lo que no les resulta aplicable la regla de exclusión probatoria del artículo 11 LOPJ.

16. De tal modo, la cuestión de la utilizabilidad debería situarse en el momento procesal y la finalidad para la que la ley lo prohíbe: la decisión de prosecución consecuente al cierre, por expiración del término, de la fase previa.

Cuestión que no se planteó por la hoy recurrente hasta la formulación del recurso de apelación ante el Tribunal Superior. Ni recurrió el auto de prosecución alegando uso indebido de datos sumariales incorporados intempestivamente a la fase instructora ni, tan siquiera, introdujo dicha objeción como cuestión previa en el acto del juicio oral.

A diferencia del caso analizado por esta Sala en la STS 455/2021, en el que por el Juzgado de Instrucción se decidió la prosecución del proceso tomando exclusivamente en cuenta informaciones sumariales incorporadas una vez transcurrido el término de la investigación, en el caso que nos ocupa, antes del transcurso del término de instrucción, el 10 de noviembre de 2016, ya se habían practicado un notable número de diligencias de investigación que arrojaban un potencial inculpatario significativo -declaración de la Sra. Serafina, de la hoy recurrente y del Sr. Narciso, aportaciones documentales, análisis periciales de los flujos de intercomunicación mediante los números

telefónicos utilizados tanto por la denunciante como por la hoy recurrente, informe pericial sobre el contenido y origen de los mensajes remitidos, mediante redes sociales, desde los diferentes terminales utilizados-.

Dicha circunstancia procesal hace extremadamente difícil que en este caso pueda, per saltum, en este estadio del proceso, revisarse la consistencia del juicio de inculpación, desagregando, primero, aquellas informaciones aportadas intempestivamente que pudieron tomarse en cuenta para, a continuación, "pesar" la calidad indiciaria de las informaciones tempestivas para fundarlo. Si bien, en un ejercicio puramente hipotético de valoración, cabe apuntar que el peso indiciario de las diligencias tempestivas era particularmente alto, lo que reduce muy significativamente el riesgo de que la inculpación se decidiera sobre datos sumariales inutilizables.

No hay lesión, por tanto, de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

Segundo motivo -quinto y sexto en el orden propuesto por la recurrente-, al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional: lesión del Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y del Derecho a la presunción de inocencia

17. La recurrente cuestiona las bases fácticas de la condena como autora de un delito agravado de estafa y lo hace afirmando la inconsistencia del testimonio de la Sra. Serafina. Considera que su relato presenta evidentes trazos de inverosimilitud que en modo alguno se superan por los resultados de las otras pruebas practicadas a las que el tribunal de instancia otorga valor corroborativo. Con relación a algunas de estas pruebas, la recurrente cuestiona su validez constitucional. Además de las que considera que deben ser expulsadas del cuadro de prueba por que se aportaron en la fase previa fuera de plazo -cuestión ya analizada en el motivo anterior-, se sostiene la constitucionalidad de la pericial realizada por la policía científica, cuyo objeto giró sobre el examen de los datos asociados al tráfico de comunicaciones entre diversos números telefónicos utilizados en la ejecución de los hechos justiciables.

18. El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 617/2013, 310/2019- Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia sala -vid. entre muchas, SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-. De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid STC 183/2013-.

El control casacional en tercera instancia es, por ello, más normativo que conformativo del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

Partiendo de lo anterior, antes de abordar el análisis de la consistencia probatoria cuestionada por la recurrente, debemos despejar el óbice de validez que se introduce como gravamen autónomo en el motivo sexto del recurso, pero que por lógica conexión debe insertarse en el examen del gravamen por presunción de inocencia.

§ Objeción sobre la validez constitucional del examen pericial del flujo de comunicaciones conservadas habidas entre varios números telefónicos mediante el uso de diversas terminales

19. La recurrente, que no cuestionó la constitucionalidad del medio de prueba ante la Audiencia Provincial, insiste en que la decisión del Juez de Instrucción adoptada por auto de 30 de mayo de 2016 carece de justificación por resultar prospectiva e innecesaria. La injerencia se ordenó sin contar con indicios suficientes sobre la participación criminal de la hoy recurrente y, además, los mismos datos pudieron obtenerse requiriendo a la Sra. Raimunda para que aportara su tráfico de llamadas salientes.

20. El submotivo carece de toda consistencia. No cabe duda de que la gravedad de las injerencias que puedan ordenarse en el curso de la investigación judicial constituye un indicador decisivo para poder identificar si la decisión responde a los principios de proporcionalidad, subsidiariedad, excepcionalidad y necesidad que siempre debe concurrir cuando se trata de medidas limitativas de derechos fundamentales. En particular, las que afectan al secreto de las comunicaciones.

Gravedad que debe medirse en función del grado de afectación del contenido del derecho fundamental concernido. En efecto, sin perjuicio de que el artículo 18.3 CE proteja a toda persona frente a cualquier tipo de acceso de terceros a sus comunicaciones o datos comunicativos, a salvo que concurran serias y justificadas razones de limitación basadas en los principios de especialidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, lo que no ofrece duda tampoco es que cabe trazar grados de lesión del derecho fundamental diferenciados atendiendo al objeto de injerencia. No es lo mismo la intervención sincrónica del contenido de las comunicaciones mantenidas con un tercero que los datos electrónicos periféricos asociados al acto comunicativo.

El distinto umbral de gravedad de las injerencias debe medirse, por tanto, en atención a la mayor o menor idoneidad de los datos que se obtengan para permitir extraer a las autoridades encargadas de la investigación " conclusiones precisas en relación con la vida privada de las personas cuyos datos se ven afectados por dicho acceso" -vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de Gran Sala, de 2 de octubre de 2018, caso Ministerio Fiscal y Conclusiones del Abogado General Sr. Pitruzzella presentadas el 21 de enero de 2020 en el asunto C-74/18-. Cuanto mas potencial de afectación y, sobre todo, de reconstrucción del modo o del desarrollo de la vida privada de una persona determinada -entre otros, los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, sus relaciones sociales y los círculos sociales que frecuentan- la injerencia será más grave y los presupuestos de proporcionalidad se harán más exigentes. Entre estos, los que se refieren al fundamento indiciario de la imputación delictiva por la que se ordena la injerencia y la propia gravedad de la infracción que se investiga.

21. Pues bien, en el caso, por las categorías de datos asociados cuya obtención se ordenó por el Juez de Instrucción, por el periodo fijado y, sobre todo, por los estrictos límites de observación establecidos, al circunscribir aquellos a los derivados de las comunicaciones habidas entre tres concretos números de teléfonos y la identificación de los números IMEI de las terminales utilizadas, la injerencia si bien no puede calificarse de leve su umbral de gravedad no se sitúa ni mucho menos en la parte alta de la escala de afectación del derecho.

22. Resultado injerente que aparece adecuadamente justificado en el auto de 30 de mayo de 2016 donde el Juez de Instrucción identifica con suficiente precisión no solo los fundamentos indiciarios del hecho a investigar y de la imputación de la Sra. Raimunda, sino también la necesidad concluyente de la medida a la luz de las circunstancias de producción del propio delito de estafa, objeto de investigación.

La injerencia ordenada al amparo del artículo 588 ter b.2 LECrim se basó en sólidas razones y respetó todo el programa de condiciones derivadas de la Constitución y precisadas en los artículos 579 y 588 ter a), ambos, LECrim.

§ Objeción sobre la suficiencia probatoria del cuadro de prueba

23. Despejadas las cuestiones de validez probatoria, debemos abordar, en las condiciones y con el alcance antes precisado, el gravamen de suficiencia que sustenta el motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

24. Motivo que, ya adelantamos, no puede prosperar.

El cuadro probatorio producido en la instancia arroja resultados cuya interacción permite sustentar los hechos de la acusación fuera de toda duda razonable. Cuadro probatorio que se integró de medios primarios y medios secundarios de reconstrucción. Entre los primeros, se encuentran la declaración de la acusada, hoy recurrente, Sra. Raimunda, y la declaración de la testigo principal, la Sra. Serafina. Dentro del segundo grupo aparecen las otras testificales, las diversas periciales practicadas y los documentos aportados.

Clasificación que responde, en esencia, a un criterio cualitativo de potencialidad probatoria. Atendiendo a los hechos justiciables introducidos en los escritos de acusación, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que se otorgue al testimonio de la persona que de manera directa afirma la realidad de estos y, en lógica alternativa probatoria, de quien los niega. Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios primarios, pero carecerían de idoneidad acreditativa para fundar, exclusivamente, sobre sus resultados, la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

25. Como apuntábamos, nos enfrentamos a un cuadro probatorio que con relación al hecho justiciable cuestionado se nutrió, sobre todo, de prueba personal siendo el testimonio de Serafina el que adquiere, sin duda, un decisivo protagonismo reconstructivo. Y que, por ello, debe someterse a un exigente programa de valoración/validación. Exigencia que no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo. Esta, sin duda, puede disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva prima facie aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho objeto de acusación y la participación en el mismo de las personas acusadas ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable. Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación y acreditación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos que fundan sus pretensiones de condena.

La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad inculpativa; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo atendiendo a las circunstancias concretas; la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancia espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

Cuando se hace depender, de forma esencial, la pretensión de condena de la narración ofrecida por un testigo que afirma haber sido víctima del delito -como acontece en este caso- lo que se exige es poder ofrecer un conjunto de razones que hagan patente que la decisión del tribunal no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad a aquel, sino en una valoración que justifica de forma cognitivamente adecuada que la información suministrada por este es fiable. Y creemos que la diferencia no es retórica. La atribución de valor probatorio reconstructivo a la información testifical no debe venir determinada solo por lo creíble que resulte el testigo sino por lo fiable que resulte aquella -vid. STEDH Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido, de 15 de diciembre de 2011-

Desde las exigencias cognitivo-materiales derivadas del principio de presunción de inocencia resulta mucho más consecuente poner el acento en la fiabilidad de la información transmitida que en la credibilidad del testigo, como juicio de valor personal - STC 75/2013, de 8 de abril-. Lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado, por lo tanto, más abierto a valoraciones y prejuicios de tipo culturalistas e intuitivistas. Lo primero -lo fiable- exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información. Lo segundo -lo creíble- favorece la utilización de fórmulas de justificación con menor carga cognitiva. De ahí, que la valoración de la prueba en serio, comprometida con el valor de justicia, deba realizarse mediante la exposición analítica y completa de las razones que permitan justificar la atribución de valor. Justificar no es otra cosa que justificarse, dar razones compartibles en términos sociales, comunicativos y epistémicos.

Y, en este sentido, no puede olvidarse que la fiabilidad, como elemento para otorgar valor reconstructivo a la información suministrada por un testigo, se nutre en muy buena medida del grado de compatibilidad de dicha información con el resultado que arrojan el resto de las pruebas que integran el cuadro probatorio plenario y las demás circunstancias contextuales que han quedado acreditadas. Entre estas, desde luego, también aparece la credibilidad personal del testigo que no puede ser, por tanto, un elemento ajeno a la valoración de la información suministrada pero que en modo alguno la agota. De ahí, también, que no quepa aplicar soluciones de tipo estandarizado que obliguen a excluir la información testifical por la simple identificación de elementos de impersistencia o de incoherencia o tachas de credibilidad subjetiva en el testigo que la aporta. Algunas de estas tachas, en efecto, pueden ser de tanta entidad que neutralicen todo atisbo de credibilidad comprometiendo, también, la fiabilidad de la información transmitida hasta límites irreductibles. Otras, por contra, aun afectándola, no neutralizan los rendimientos reconstructivos si al tiempo puede identificarse, y justificarse, un grado de compatibilidad corroborativa razonable con los resultados que arroja el cuadro de prueba observado y valorado en su conjunto.

Precisamente, la idea de cuadro de prueba, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados, es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar sus efectos sobre el conocimiento y la convicción judicial. Esto es, si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva y más allá de toda duda razonable la hipótesis acusatoria. Ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre los que aquella se apoya, porque los medios utilizados para ello vengan afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva, porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil o, a la luz de las otras pruebas, resulte fenomenológicamente imposible o poco probable.

26. Pero no es el caso. Los tribunales de instancia y de apelación consideraron que las informaciones aportadas por la Sra. Serafina eran altamente fiables y justificaron razonada y racionalmente el porqué.

Como se expone con rigor en la sentencia recurrida, la Sra. Serafina precisó con detalle cuándo se inició la relación con la recurrente, su intensidad y los hitos principales de su desarrollo. Muy en especial, sobre cómo y por qué irrumpió la figura de " Aurelio", de la mano de la hoy recurrente; sobre cómo se produjeron las supuestas comunicaciones con este, siempre mediante mensajes escritos por vía SMS; y sobre los momentos y las razones emocionales y sentimentales, inducidas por la hoy recurrente, por las que le entregó diferentes cantidades de dinero bajo la absoluta creencia de que se las haría llegar al tal " Aurelio", para cubrir las gravísimas incidencias y necesidades vitales que la recurrente, haciéndose pasar por " Aurelio", le había hecho creer mediante las comunicaciones mantenidas.

27. El relato de la Sra. Serafina, además de completo y rico en detalles, gozó de un notable nivel de corroboración a la luz de las pruebas periciales, documentales y testificales practicadas.

La pericial elaborada por la Policía Científica, a partir de los datos asociados suministrados por las compañías telefónicas de las tres tarjetas SIM adquiridas por la Sra. Serafina, arroja conclusiones muy significativas sobre la existencia un notable flujo de comunicaciones, mediante SMS, entre el número de teléfono usado por la Sra. Serafina y el que esta adquirió con la finalidad de que fuera entregado por la recurrente a tal " Aurelio", así como la práctica ausencia de mensajes entre este número y el que también facilitó la Sra. Serafina a la recurrente bajo la falsa representación de la necesidad de mantener una suerte de comunicación triangular. Además, se comprobó cómo en el terminal BQ que la recurrente facilitó a la Sra. Serafina al averiarse el de su propiedad, se había utilizado la tarjeta SIM del número NUM002 que aquella le indicó que sería utilizado por " Aurelio" y desde el que, en efecto, se enviaron decenas de mensajes de SMS al teléfono de la Sra. Serafina aparentando que su remitente era el inexistente " Aurelio".

A ello hemos de añadir los twits y los correos electrónicos intercambiados entre las cuentas de la hoy recurrente y de la Sra. Serafina, muy especialmente, los días 19 y 20 de noviembre de 2015, en los que conversan sobre cuestiones relacionadas con una de las entregas de dinero motivada por las amenazas que la Sra. Raimunda hizo creer a la Sra. Serafina se cernían sobre la hermana de " Aurelio". Destacando también el intercambio de mensajes del 29 de noviembre de 2015 en el que la Sra. Serafina informa a la Sra. Raimunda que esa noche se había borrado sin saber ni por qué ni cómo toda la información archivada en el terminal BQ, a lo que la recurrente le contestó que esa noche el teléfono BQ empezó a sonar y que " según lo desbloqueó se apagó". Dato este que coliga con la información pericial relativa a que dicho terminal tenía instalado un avanzado programa de borrado de archivos -"kingo root"-, debiéndose recordar que, tal como manifestó la Sra. Serafina, dicho terminal le fue entregado por la hoy recurrente.

Otras corroboraciones indirectas vienen de la mano de la documental bancaria y de los testimonios del Sr. Javier, prestamista, y del Sr. Eladio, gestor, que acreditan distintos reintegros realizados por la Sra. Serafina entre octubre y noviembre de 2015 por un importe total de casi 40.000 euros y la recepción de un préstamo personal por importe de 21.000 euros. Cantidades que coinciden con las que la Sra. Serafina afirma que entregó en esas fechas a la hoy recurrente para que esta se las hiciera llegar al tal " Aurelio".

Por último, el tribunal de instancia también tomó en cuenta, con valor corroborativo indirecto, los datos, introducidos por la documental aportada y el testimonio del legal representante del concesionario de SEAT, relacionados con los pagos realizados por la recurrente entre noviembre de 2015 a mayo de 2016. Destacando los efectuados en metálico entre noviembre y diciembre por importe de 18.000 para la compra de un vehículo por valor de 34.000 euros, pagando el resto quien después fue su marido, el Sr. Narciso, y la cancelación de un préstamo personal en fecha 4 de mayo de 2016 por importe de seis mil euros. Pagos que contrastan con los ingresos que aparecen en la declaración de renta de 2015 cuya base imponible ascendió a 3.590,23 euros.

28. El conjunto de datos de prueba de los que dispuso el tribunal de instancia le permitió construir una inferencia más allá de toda duda razonable de que la hoy recurrente urdió un plan engañoso situacionalmente

sofisticado, aprovechándose de la debilidad emocional de la Sra. Serafina, para obtener así un injusto desplazamiento patrimonial.

Conclusión que fue íntegramente validada por el Tribunal Superior, sin que nosotros, como tribunal de tercera instancia, identifiquemos ni con relación a la información probatoria disponible ni al proceso valorativo ni a los criterios de atribución de valor utilizados, lesión alguna del derecho a la presunción de inocencia invocado por la recurrente.

Tercer motivo, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECRIM : inexistencia de estafa penalmente relevante. Inidoneidad del engaño. Incumplimiento de deberes básicos de autoprotección

29. La recurrente combate la condena de instancia porque a su parecer los hechos declarados probados no constituyen delito pues no concurre el engaño típicamente relevante. Este, indica la recurrente, debe venir revestido de una determinada idoneidad y adecuación a los fines que se pretenden, debiendo valorarse su idoneidad en función de las circunstancias que concurren en cada caso. Lo que obliga, se afirma, a dejar fuera del ámbito penal a los engaños burdos, esperpénticos, basados en hechos increíbles o cuando el desplazamiento patrimonial se explique por la dejadez absoluta del perjudicado, por la ausencia de la mínima autotutela frente al engaño. Insiste la recurrente que en el caso nada se ha demostrado sobre la afirmada debilidad emocional de la Sra. Serafina, "persona de 36 años de edad, madre de dos hijos, divorciada, empresaria del sector estético, persona con bagaje judicial" (sic). Lo que convierte en insólito que la hoy recurrente le pueda hacer creer que un tercero, el tal " Aurelio", se ha enamorado de ella y, por ello, mediante mensajes ficticios conseguir que le entregara cantidades de dinero por importe de 66.000 euros. Entregas, se añade, que tampoco han quedado mínimamente acreditadas, utilizándose por el tribunal de instancia presunciones contra reo.

30. El motivo no puede prosperar. Este reclama el respeto a los hechos que se declaran probados. Su campo de operación es exclusivamente el juicio de subsunción a partir, insistimos, del hecho fijado en la instancia que actúa como necesario marco de referencia, siempre que, como es el caso, no haya quedado afectado por el motivo que se cuestiona su suficiencia probatoria.

Análisis que obliga a tomar en cuenta algunas coordenadas normativas básicas. Como es bien sabido, el delito de estafa reclama que el perjuicio patrimonial sea consecuencia de una disposición en perjuicio propio o de tercero que se explique en términos causales exclusivos y excluyentes por el previo engaño sufrido por parte del sujeto pasivo. La preexistencia del engaño y su cualificada eficacia causal para la obtención del desplazamiento patrimonial constituyen exigencias de tipicidad inexcusables.

31. Pues bien, la sentencia de la instancia, confirmada por la recurrida, identifica con suficiente claridad esa relación de exclusiva y excluyente imputación causal entre las diversas disposiciones patrimoniales realizadas por la Sra. Serafina a la Sra. Raimunda y el complejísimo y sofisticado plan de engaño. Lo que satisface todas las exigencias de tipicidad reclamadas por el tipo de estafa.

Y entre estas, también, la significativa relevancia normativa del engaño, sin que identifiquemos factores que la neutralicen derivados del propio comportamiento autodesprotector de la perjudicada.

A este respecto, debe recordarse que el engaño bastante que reclama el tipo debe entenderse como el idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude -vid. por todas, SSTS 483/2012, de 7 de junio, 822/2014, de 14 de octubre-.

Error que no puede medirse exclusivamente en términos psicológicos, como estado de ignorancia o de conocimiento manipulado del sujeto pasivo, sino que debe revestir también, y como apuntábamos, relevancia normativa. Pero ello no se traduce en que para medir dicha idoneidad normativa solo pueda acudir a módulos estandarizados de tipo objetivo o relacionados con la potencialidad engañosa para el "ciudadano medio". También, si se quiere evitar un riesgo efectivo de indebida desprotección penal, deben tomarse en cuenta las circunstancias concretas y reales del sujeto pasivo que hayan sido conocidas o reconocibles por el autor, que vienen a integrar un módulo subjetivo-situacional.

Este contenido ampliado de la dimensión normativa del error permite, por un lado, frente a la fórmula tradicional que incide exclusivamente en la idoneidad engañosa en términos objetivos, una mejor individualización de las específicas características personales, relacionales y coyunturales en que se encuentra la víctima. Y, por otro, sugiere una mejor protección frente a aquellos comportamientos engañosos que abarcan situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima, ya sea por su sugestionabilidad al engaño o por la dificultad concurrente para desarrollar conductas activas de autoprotección.

En la misma línea de consecuencias, la necesaria relevancia normativa del engaño excluirá su relevancia típica por falta de presupuesto objetivo de imputación, cuando el error y la consiguiente traslación patrimonial se presenten como una consecuencia injustificable de la propia negligencia o de la falta de cuidado inexcusable de la persona que la sufre. Cuando, en fin, desde el módulo objetivo y subjetivo de valoración de la capacidad de

autoprotección, no sea posible identificar una razón plausible, mínimamente atendible, que explique el comportamiento patrimonial desprotegido.

32. Pero este no es el caso. Es cierto que las circunstancias de producción son muy singulares. También lo es que desde un canon estrictamente objetivo cabría cuestionar la idoneidad de la puesta en escena para provocar un resultado despatrimonializador como el producido.

Ahora bien, situacionalmente, lo que sí resulta evidente es que la compleja y sofisticada puesta en escena ideada y ejecutada por la recurrente generó en la Sra. Serafina una suerte de dependencia emocional del tal " Aurelio" y la obligación moral de ayudarle a superar situaciones muy adversas, confiando que Raimunda le haría llegar las diversas entregas de dinero.

De forma necesaria, el plan engañoso abarcó indicadores de especial debilidad emocional de la víctima, trazando una tupida red de engaños que interfirió en los núcleos de la intimidad personal y familiar de la Sra. Serafina. Esa intromisión le estimuló una intensa confianza en las indicaciones de la Sra. Raimunda y en la existencia de un verdadero proyecto de relación personal con quien, a la postre, se reveló como un personaje de ficción de la propia trama engañososa.

33. Los hechos patentizan, al tiempo, la excepcional eficacia del plan engañoso urdido y ejecutado y la escasa capacidad para protegerse de la víctima. Plan que, de forma necesaria, abarcó dicha circunstancia: que la Sra. Serafina, por las circunstancias vitales en las que se encontraba, no adoptaría mecanismos de autoprotección.

Los contextos relacionales generan con frecuencia elementos o circunstancias intransferibles que modalizan y condicionan los comportamientos humanos. Hasta el punto que solo tomando en cuenta dichos elementos pueden entenderse y explicarse.

En el caso, lo que resulta meridianamente claro es que el comportamiento de la Sra. Serafina no vino motivado por intenciones espurias. De tal modo, la única explicación posible es que su comportamiento trae causa de la confianza generada por la recurrente. O, mejor dicho, por la extraordinaria habilidad que demostró para generar dicha confianza en una persona desprovista de capacidad de autoprotección.

34. El engaño fue, por tanto, bastante. Su sofisticada ideación y ejecución -lejos de lo burdo que reclama esta Sala para excluir su relevancia, STS 726/2018, de 29 de enero-, en términos situacionales y desde el canon subjetivo de idoneidad, fue suficiente para provocar el error en la Sra. Serafina y obtener la consumación del fin propuesto.

Reiteramos, en términos situacionales, no identificamos en la Sra. Serafina un desprecio absoluto o indolente a las normas sociales de cuidado, intenciones secundarias o fiduciarias de desprotección, planos ocultos con causa torpe o ilícita, que justifique no concederle la protección penal pretendida mediante la acción ejercitada.

Actuó, desde luego, engañada, pero eso lo que prueba precisamente es la excepcional eficacia, en el caso, del ardid engañoso generado por la recurrente. No hay previsión normativa alguna que establezca que la norma penal solo protege a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas.

La protección penal no desborda, en este supuesto, los fines constitucionales a los que debe servir, ni compromete la prohibición constitucional del exceso. Una aplicación ampliada de exigentes estándares objetivos de autoprotección para medir la antijuricidad específicamente penal de las conductas defraudatorias introduce el riesgo de desproteger a un buen número de perjudicados que, como en el caso, carecen de las mejores condiciones socio-personales para protegerse del engaño sofisticado -vid. SSTS 277/2021, de 25 de marzo, 230/2021, de 11 de marzo-

Quinto motivo -segundo en el orden propuesto por la parte-, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º LECRIM : indebida aplicación de la continuidad delictiva y del tipo agravado de estafa del artículo 250.1.5º CP

35. La recurrente pretende la revisión del juicio de tipicidad cuestionando, al tiempo, el fundamento normativo por el que se apreció delito continuado y la base probatoria sobre la que se considera acreditado que la Sra. Serafina entregó a la recurrente una cantidad de dinero superior a los 50.000 euros.

36. El motivo no reúne condiciones de admisión lo que, en este estadio casacional, conduce a su desestimación de plano. En efecto, no solo el cuestionamiento probatorio de lo que se declara probado es incompatible con la vía de la infracción de ley escogida, sino que, además, la propia revisión normativa pretendida se plantea por primera vez en casación, eludiendo su obligada formulación en el previo recurso de apelación.

Sobre la inadmisión de motivos casacionales per saltum, debemos remitirnos a nuestra STS de Pleno, 345/20 de 25 de junio, en la que se fijaba "(...) que no es posible, salvo supuestos marcadamente excepcionales. Lo impide la naturaleza revisora del recurso de casación. Lo que se recurre es la sentencia de apelación. Se analiza si ha acertado al resolver el recurso planteado. No pueden traerse a casación cuestiones que no han sido objeto de

debate en apelación. No podemos revisar la decisión de la Audiencia sobre ese punto, sencillamente porque no ha adoptado ninguna decisión al respecto en cuanto el tema no le fue planteado. Eso comporta la inadmisibilidad del recurso".

Es una consecuencia lógica del diseño institucional del régimen de recursos en el que cada instancia de revisión viene marcada por límites y condicionantes derivados no solo del gravamen individual que sustenta el recurso sino de la función que cada una de ellas cumple en dicho régimen.

En un modelo de dos instancias de revisión como el nuestro es el recurso de apelación plenamente devolutivo y la respuesta que ofrezca el Tribunal Superior el que delimita el objeto posible de la casación.

El derecho fundamental al recurso no se traduce en un modelo de doble apelación pues ello supondría vaciar de sentido la específica función de la revisión casacional. Como afirmábamos en la STS 661/2020, de 3 de diciembre, " En el momento en que se consiente una decisión no impugnándola queda expulsada esa cuestión de la controversia, ha dejado de formar parte del objeto procesal de la apelación y, por ende, de la casación. Las impugnaciones sucesivas han de ser un continuum guardando congruencia unas con otras."

Las excepciones, por tanto, a la regla general de inadmisión de las cuestiones nuevas en casación deben vincularse a aquellas cuyo examen no compromete dicha función. Y entre estas encontramos, las que se derivan directamente de lo decidido por la sentencia de apelación, en particular por pronunciamientos modificativos de la sentencia de instancia; las relativas a presupuestos de orden público del propio ejercicio de la acción penal como, por ejemplo, la prescripción - vid. SSTS 480/2009, de 22 de mayo, 174/2006, de 22 de febrero; SSTJUE de 17 de marzo de 2016, caso Bensada Benallal; de 14 de noviembre de 2017, Caso British Airways contra Comisión Europea-; y las que identifican un error normativo que si bien no ha sido revelado expresamente por la parte recurrente como motivo de apelación, se conecta de manera sustancial con el gravamen que sustenta el motivo expresamente formulado y que de no corregirse impediría en alguna medida su plena reparación, en especial cuando afecte a libertad del o la recurrente -piénsese, por ejemplo, en un supuesto en el que la apelación giró sobre un motivo por el que se pretendía exclusivamente que la intervención del recurrente fuera considerada de cooperación y no de autoría y en casación se añade como motivo subsidiario la aplicación de la cláusula facultativa de degradación de pena del artículo 65.3º CP o un reajuste del pronunciamiento de responsabilidad civil en los términos del artículo 116.2 CP-.

En el caso, como anticipábamos, resulta evidente que la cuestión que se pretende introducir es nueva y que no reúne ninguna condición de excepcionalidad que justifique desplazar la regla de inadmisión.

Cláusula de costas

37. Tal como previene el artículo 901 LECrim procede la condena en costas de la recurrente.

FALLO

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D^a. Raimunda contra la sentencia de 24 de julio de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, condenando a las costas del recurso a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

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.