

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066199

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 724/2022, de 14 de julio de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4453/2020

**SUMARIO:****Procedimiento penal. Objeto del proceso. Escrito de acusación. Auto de prosecución o transformación. Principio acusatorio.**

Valor conocido como auto de prosecución (art. 779.1.4ª LECrim) a efectos de acotación del objeto del proceso penal. La correlación entre acusación y sentencia, puede quebrar si la condena se basa en hechos que, aunque aducidos por las acusaciones, no constituían la conducta sobre la que pivotaba la pretensión punitiva y no se presentaban con la significación jurídico-penal que les otorga sorpresivamente la sentencia, después de descartar el carácter delictivo de los hechos objeto de acusación.

La vinculación a los hechos punibles alegados por las acusaciones no impide variaciones o adiciones que no alteran la esencialidad del hecho enjuiciado; pero sí aquellas que implican su modificación sustancial, lo que sucede no solo en casos de adición de hechos, sino también cuando se concede a sucesos alegados de forma accesoria o complementaria en el escrito de acusación una significación jurídica, que ni explícita ni implícitamente se derivaba de la pretensión acusatoria vulnerándose así el derecho a ser informado de la acusación, por tanto se expropió de facto la posibilidad de articular una defensa teórica solvente frente a esa sorpresiva imputación no sugerida por las acusaciones. Hay mutación sustancial del hecho no solo cuando se introducen hechos nuevos, sino cuando algunos de los relatados por la acusación son dotados de un carácter principal y basilar de la condena, y, sin embargo, en la pretensión acusatoria solo aparecían como referencias contextuales y no como hecho punible.

**PRECEPTOS:**

LO 10/1995 (CP), arts. 8, 251 y 252.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 779.1.4ª.

**PONENTE:***Don Antonio del Moral García.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 724/2022

Fecha de sentencia: 14/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4453/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

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

Transcrito por: IPR

Nota:

\*

RECURSO CASACION núm.: 4453/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 724/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº 4453/2020 interpuestos por Patricia representada por la procuradora Sra. D.ª Belén Aroca Flórez y bajo la dirección letrada de D. Gabriel Rodríguez Ramos Ladaria; Rafaela representada por la Procuradora Sra. D.ª Olga Romojaro Casado y bajo la dirección letrada de D. José Luis López Escribano; y Eladio representado por la Procuradora Sra. D.ª María del Pilar Vega Valdesueiro y bajo la dirección letrada de D. Daniel Corbella Moya; contra la sentencia núm. 28/2020 de fecha 3 julio 2020 dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid y recaída en el procedimiento abreviado 3386/2016 dimanante de las diligencias previas núm. 5829/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid, en causa seguida por delito de estafa y falsedad. Han sido partes recurridas D. Eugenio y Eutimio representados por la Procuradora Sra. D.ª Valentina López Valero y bajo la dirección letrada de D. Carlos A. de Nicolás Martín. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado nº 3386/2016, contra Patricia, Rafaela y Eladio en causa seguida contra ellos por delitos de estafa. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (sección Quinta) que con fecha 3 de julio de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"En el presente procedimiento, han sido acusados Patricia, Rafaela y Eladio, todos ellos mayores de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional.

Desde el año 2000, aproximadamente, Patricia, a través de la marca comercial "LOFTMANÍA", desarrollaba diferentes actividades relacionadas con la actividad inmobiliaria, como la localización y compra de inmuebles, la modificación de su uso, la segregación, la reforma y la venta de aquéllos. En ocasiones, Patricia se servía de terceras personas para formalizar las operaciones.

El día 30 de junio de 2006, Rafaela y Eladio firmaron una escritura pública de compraventa ante el Notario de Madrid D. Jesús Franch Valverde, bajo el número de protocolo 984, por la que manifestaban que compraban el local sito en el nº 176, escalera derecha, entreplanta, despacho local comercial nº 1, de la Avenida del

Manzanares de esta capital, para lo que abonaron antes de la firma la cantidad de 180.000 euros, si bien, en realidad, el local lo compraban para Patricia, que se encargó de efectuar los pagos necesarios.

Ese mismo día, ante el Notario de Madrid D. Agustín Pérez Bustamante, bajo el número de protocolo 1538, Rafaela y Eladio firmaron una escritura pública para la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria sobre el referido inmueble, por importe de 250.000 euros. Patricia se encargó de negociar con "CAJA GRANADA" las condiciones financieras del préstamo y de realizar el abono de las amortizaciones parciales.

El día 10 de julio de 2006, Patricia solicitó licencia urbanística de la Junta Municipal del Distrito de Madrid-Aravaca para el cambio de uso y acondicionamiento del local a vivienda.

El día 25 de julio de 2007, Patricia, en nombre y representación de Rafaela, y Eladio, suscribieron con Eugenio y Eutimio contrato privado de compraventa del local por el precio de 420.708,47 euros, abonando los compradores en dicho acto 120.000 euros y debiendo entregarse la cantidad restante, 300.708,47 euros, en el momento en el que se produjera la transmisión mediante escritura pública de compraventa.

En dicho contrato, se estipularon determinadas cláusulas relativas a la transformación material y jurídica del inmueble en un plazo de nueve meses, en concreto, la transformación del local en tres viviendas independientes que debían ser inscritas en el Registro de la Propiedad como tales viviendas, con la realización de las obras necesarias para la reconversión. Igualmente, se establecía una cláusula de penalización de 90.000 euros para el caso de que los vendedores no llevaran a cabo la transformación y la entrega en el plazo máximo convenido; se preveía que del nuevo precio, deducidos los 90.000 euros, se descontara la cantidad que resultara necesaria para la finalización de las obras; y se autorizaba a los vendedores a retener del precio de la compraventa las cantidades necesarias para la cancelación económica y registral de la hipoteca que gravaba la finca transmitida. Además, la parte compradora quedaba posesionada de la finca transmitida, a título de tolerancia por los vendedores; se hacía entrega de un juego de llaves; y se venía a reconocer que las obras a ejecutar habían comenzado, ascendiendo el precio pendiente a 30.000 euros. Finalmente, se hizo constar que Patricia intervenía también como fiadora personal de las obligaciones contraídas por los vendedores, se obligaba solidariamente con ellos y como garantía real de la fianza designaba tres fincas registrales de su propiedad.

Rafaela tuvo cumplido conocimiento de las circunstancias del contrato de 25 de julio de 2007, a través de la información que personalmente le facilitaron los compradores y la propia Patricia.

El día 15 de octubre de 2007, Rafaela solicitó licencia urbanística para el acondicionamiento interior del local y en dicho mes encargó un proyecto de cambio de uso de oficina a tres viviendas a los arquitectos técnicos, Carlos Francisco y Luis Angel.

El día 12 de noviembre de 2007, Eladio compareció ante el Notario de Madrid D. Ángel Almoguera Gómez, en nombre propio y como mandatario verbal de Rafaela, y se otorgó escritura, con nº de protocolo 4.843, de cambio de uso del local a vivienda; y escritura, con nº de protocolo 4.844, de segregación del local en las viviendas Uno-A, Uno-B y Uno-C, solicitando la inscripción en el Registro de los pactos inscribibles.

El día 14 de noviembre de 2007, Rafaela compareció ante el Notario de Madrid Antonio-Luis Reina Gutiérrez y ratificó, con nº de protocolo 5.336, las anteriores escrituras de cambio de uso y segregación.

Los compradores encargaron un informe sobre el inmueble del nº 176 de la Avenida del Manzanares, en el que el Arquitecto Técnico Alexander, previa visita el 9 de mayo de 2008, valoró los trabajos pendientes de realizar en la vivienda A en 3.665 euros, en la vivienda B en 250 euros, en la vivienda C en 490 euros, y en las zonas comunes en 1.1152 euros y 23.620 euros.

El 20 de mayo de 2008, Eutimio, en nombre y representación de los querellantes envió un burofax a cada uno de los acusados, en el que les emplazaba para que comparecieran el 23 de julio de 2008, a las 11:00 horas, ante el Notario de Madrid D. Eusebio Javier González Lasso de la Vega a la firma de la correspondiente escritura pública de compraventa de la finca, en las condiciones convenidas en el contrato privado de compraventa de 25 de julio de 2007, pero con las penalizaciones y reducciones de precio siguientes: la cantidad de 90.000 euros, por la falta de inscripción de las tres viviendas independientes en el Registro de la Propiedad en el plazo libremente pactado; la cantidad de 90.000 euros, por no existir los respectivos e individuales contratos de suministro de luz y agua convenidos, con sus correspondientes dictámenes; y la cantidad de 29.177 euros que se estimaban necesarios para la correcta subsanación de los defectos de construcción e incumplimientos de normativas urbanísticas.

El 23 de julio de 2008, sólo compareció en la Notaría Rafaela, quien negó conocer el contrato privado de compraventa o haber rubricado su anexo I, lo que se recogió en un acta de manifestaciones.

Al tener conocimiento de lo sucedido, Patricia trató de negociar con los compradores, mediando en el conflicto su abogada, Isabel Loustau González, y les ofreció la adquisición de otros inmuebles disponibles en sustitución del local de la Avenida del Manzanares nº 176, sin que las partes llegaran finalmente a un acuerdo.

El día 3 de febrero de 2009, Rafaela y Eladio, con intervención de Patricia, constituyeron sobre la finca una nueva hipoteca por valor de 280.000 euros ante el Notario de Madrid D. Ángel Almoguera Gómez, con nº de protocolo 418, para garantizar la devolución de un préstamo de tesorería que había solicitado la entidad mercantil "DESARROLLOS INIC, S.L.", de la que los acusados eran socios partícipes, sin informar a "CAJA GRANADA" de la existencia del contrato privado de compraventa de 25 de julio de 2007. Patricia fue la encargada de negociar con "CAJA GRANADA" las condiciones financieras del préstamo hipotecario y de realizar el abono de las amortizaciones parciales. En dicha escritura, Rafaela y Eladio afirmaron a "CAJA GRANADA" que el inmueble les pertenecía por compra realizada el día 30 de junio de 2006 y que estaba libre de ocupantes o arrendatarios, pese a que el día 27 de julio de 2007 habían vendido la finca, por contrato privado, a Eugenio y a Eutimio y acordaron con "CAJA GRANADA" que el importe del préstamo se destinaría a la cancelación del préstamo hipotecario concedido el día 30 de junio de 2006, ante el Notario de Madrid, D. Agustín Pérez Bustamante, bajo el nº de protocolo 1538, por importe de 250.000 euros y que, además, aportarían a la sociedad "DESARROLLOS INIC, S.L.", en escritura nº siguiente de protocolo, la finca objeto de la presente por su valor neto, ya que la deuda la asumía la sociedad "DESARROLLOS INIC, S.L."

El mismo día 3 de febrero de 2009, ante el mismo Notario, D. Ángel Almoguera Gómez, los acusados transmitieron la propiedad de la citada finca mediante su aportación no dineraria por aumento de capital social de la entidad "DESARROLLOS INIC, S.L." y ello aun cuando no estaba resuelto el contrato privado de compraventa a favor de Eugenio y Eutimio, suscrito el día 25 de julio de 2007.

La crisis económica de 2008 incidió muy negativamente en las empresas del sector inmobiliario y afectó a la actividad y solvencia de "LOFTMANÍA" y de Patricia.

La denuncia origen del procedimiento se presentó el 10 de octubre de 2008, la imputación a los acusados se formalizó en el año 2011, los hechos han sido enjuiciados los días 11 y 12 de junio de 2020 y durante la tramitación hubo paralizaciones entre la providencia de 2 de marzo de 2010 y la providencia de 16 de mayo de 2011 y entre la diligencia de ordenación de 11 de abril de 2012 y la providencia de 21 de febrero de 2013, habiéndose recibido las actuaciones en el tribunal para enjuiciamiento el 5 de julio de 2016.

## **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Patricia, Rafaela y Eladio del delito de apropiación indebida del que han sido acusados.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada, Patricia, como autora responsable de un delito de estafa impropia, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas de once meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, Rafaela y Eladio, como cooperadores necesarios del mismo delito, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a las penas, a cada uno, de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los acusados vendrán también obligados al pago de la mitad de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular, con declaración de oficio de la otra mitad, y a indemnizar a Eugenio y a Eutimio en la cantidad de 120.000 euros, por los perjuicios causados, suma que se incrementará con los intereses de demora legalmente previstos.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala 2ª del Tribunal Supremo, y que deberá ser anunciando ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

## **Tercero.**

Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los condenados, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Rafaela.

Motivo primero.-Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 24.1 y 2 CE y art. 5.1 LOPJ. Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim. Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.2º LECrim y 5.1 LOPJ. Motivo cuarto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º y 4º LECrim.

Motivos alegados por Eladio.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE). Motivo segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías ( art. 24.2 CE). Motivo tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 251.2 CP. Motivo cuarto.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías del art. 24.2 CE.

Motivos alegados por Patricia.

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva ( art. 24.1 CE). Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías ( art. 24.2 CE). Motivo tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 251.2 CP. Motivo cuarto.- Al amparo del art. 852 en relación con el principio de presunción de inocencia ( art. 24.2 CE). Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración del derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías ( art. 24.2 CE).

#### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Eutimio y Eugenio igualmente se opuso a la admisión de los recursos interesando, subsidiariamente, su desestimación. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

#### **Quinto.**

Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 6 de julio de 2022.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Un buen ramillete de los motivos de casación articulados dan vueltas a una misma cuestión: la sentencia se desvía del objeto del proceso haciendo pivotar la condena sobre hechos no incluidos en el auto de transformación ( art. 779.1.4ª LECrim) y, además, otorgándoles una significación jurídico penal no aducida por las acusaciones. Los diversos motivos adoptan perspectivas u ópticas diferentes: apartamiento de los hechos delimitados en el auto de prosecución, violación del principio acusatorio, vulneración del derecho de defensa, correlación entre acusación y sentencia, afectación del derecho a ser informado de la acusación. Delimitación progresiva del objeto del proceso penal y filtros procesales que se van estableciendo para ir definiendo esos perfiles en aras a garantizar el derecho de defensa son las cuestiones implicadas. En síntesis, se aduce que la Audiencia ha condenado por un delito de estafa impropia del art. 251 CP, basándose en la aportación del inmueble en febrero de 2009 a DESARROLLOS INIC S.L. (de la que eran partícipes los acusados). Sin embargo, las acusaciones sostenían que se había producido una defraudación (estafa o apropiación indebida) con ocasión de la entrega, como pago parcial anticipado por la compra del inmueble plasmada en documento privado, de 120.000 euros (25 de julio de 2007). El resto, hasta el importe total -420.708,47 euros- quedaba diferido al momento del otorgamiento de escritura pública.

#### **Segundo.**

Señalemos las incidencias procesales necesarias para tratar la cuestión. Omitimos deliberadamente las vicisitudes iniciales de la instrucción pues su curso accidentado en nada repercute en el debate: de facto, los hechos por los que se condena finalmente se llevan a cabo cuando ya el procedimiento se había iniciado.

Ha de centrarse ese repaso recopilador en los hitos que marcan las fases intermedias y de juicio oral. En síntesis:

a) Algunos intentos de la acusación particular de dirigir la investigación hacia las negociaciones y operaciones con Caja Granada posteriores al inicial contrato privado de compraventa (folios 1664 y ss) fueron abortados de forma tajante por el Instructor, lo que fue confirmado por la Audiencia mediante Auto de 3 de marzo de 2014 que desestimaba el recurso de apelación (folio 1732) señalando -es un mero obiter dicta pero resulta muy indicativo- que los hechos investigados se centran en la apropiación por los querellados de la cantidad de 120.000 euros que los querellantes entregaron por la compra de un inmueble.

b) Los querellantes por escrito presentado el día 9 de julio de 2014 (folios 1827 y ss) solicitan que se dicte el auto de transformación previsto en el art. 779.1.4ª LECrim tanto por un delito de apropiación indebida ( art. 252) como por un delito de estafa del art. 251 CP.

c) Tal escrito recibe como contestación un Auto fechado el 31 de julio de 2014 de transformación o prosecución (folios 1832 y ss), que recoge los hechos de 2007. No aparece la más mínima mención a hechos posteriores.

d) El auto es recurrido en apelación por una de las defensas, recurso que sería desestimado (folios 1884 y ss). Tal recurso, lógicamente, versaba en exclusiva sobre los hechos recogidos en el auto de transformación (contrato de 2007 y entrega de los 120.000 euros).

e) Los querellantes, aquietándose con el auto de prosecución (ni piden su ampliación, ni lo recurren), formularon escrito de acusación (folios 1856 y ss). En el apartado destinado al relato de hechos se recoge toda la secuencia (desde 2006 hasta la constitución de nueva hipoteca y transmisión de la finca llevadas a cabo en 2009). Se acusa por delitos de apropiación indebida y estafa (refiriéndolos inequívocamente a los hechos acaecidos en 2007) así como por dos delitos de falsedad (aunque resulta más confuso, es deducible que, al menos uno de ellos, quiere basarse en las escrituras otorgadas en 2009). Es obvio que la acusación por falsedad excedía de los términos acotados por el anterior Auto, lo que luego dará lugar a una incidencia en el acto del juicio oral. Esas imputaciones por falsedad desaparecerán en conclusiones definitivas.

f) El Fiscal, por su parte, solicitó nuevas diligencias en escrito presentado el 3 de octubre de 2014 (folio 1864). No ostenta la acusación pública el monopolio para delimitar el objeto procesal, desde luego. Menos en esa fase. Pero es significativo que su escrito comience advirtiendo, a modo de constatación que, además, coincide con los precedentes procesales, que el procedimiento había de quedar acotado a los hechos situados en 2007 (entrega de 120.000 euros). Argumenta que el auto dictado expulsaba del procedimiento todo lo relativo a las operaciones posteriores con Caja Granada, al menos, como hecho justiciable (no como elementos fácticos que podrían ayudar a enjuiciar con mayor acierto la conducta erigida en objeto del proceso). En esto pondrán ahora especial énfasis los recurrentes.

g) Tras la práctica de las diligencias interesadas, el Fiscal por escrito fechado el 20 de enero de 2016 presenta su acusación. El relato incluye todo el iter, también los hechos sucedidos en 2008 y 2009, de modo paralelo al escrito de la acusación particular. Su acusación, en cambio, queda limitada (aunque resulta algo enigmática y alimenta especulaciones la ordenación como apartado A), sin los esperables sucesivos apartados -B), C)...; folio 1940) al contrato firmado en 2007. A ello se ajusta su petición indemnizatoria (la correlativa de la acusación particular que resultaba desconcertante -210.000 euros- quedó aclarada en el trámite de conclusiones definitivas: era una errata: se puso 210.000, donde debía figurar 120.000).

h) El 25 de enero se dicta auto de apertura del juicio oral. Probablemente por inercia burocrática, acoge también las pretensiones acusatorias por delitos de falsedad sin razonamiento específico alguno, y sin antecedentes de hecho correlativos que tampoco se encuentran en el auto de transformación.

i) Las defensas presentan sus respectivos escritos. Suscitan diversas cuestiones. Siendo todos de signo absolutorio es más difícil identificar los hechos por los que se consideraban acusados. Uno de ellos (folio 2014), empero, al recoger su versión añade que no ha existido transmisión a terceros ajenos a los acusados, en lo que, en abstracto, y descontextualizadamente, podría entenderse que es afirmación tendente a combatir una eventual acusación no exteriorizada basada en el art. 251.2.

j) En el juicio oral el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones. La acusación particular retiró la pretensión relativa a los delitos de falsedad. Una de las defensas modificó igualmente sus conclusiones provisionales ofreciendo un detallado relato de hechos y una conclusión segunda que desbordaba el sistema de mero enunciado ( art. 650 LECrim) que impone la Ley Procesal: el momento de la glosa y argumentación ha de postergarse a los informes orales. La defensa justificó ese apartamiento de la ortodoxia formal con la explicación de que solo pretendía aligerar el trámite del informe. Así hizo efectivamente. Tal escrito desarrolla las razones por las que habría de excluirse la estafa en los hechos de 2007; así como el delito de falsedad (el extenso texto estaba preparado y confeccionado antes de la sesión del juicio oral en que la acusación por falsedad fue retirada) que sitúa en la operación de 2007, avalada por un poder otorgado en 2006. Este era para la defensa el documento supuestamente falso. Aunque relata también, de forma muy sintética, la posterior secuencia fáctica (operaciones con Caja Granada y aportación a una sociedad de la finca junto con otras) se hace a los únicos efectos de mostrar que las garantías que se habían establecido para cubrir los derechos de los querellantes surgidos de la operación de 2007, no sufrían menoscabo con esas operaciones posteriores y que se trataba de evitar la ejecución por la anterior hipoteca. Ciertamente la defensa carece de facultades para recortar o adelgazar la pretensión acusatoria, mediante el

expediente de centrar su defensa en unos hechos y despreciar otros. Pero, en este caso, los antecedentes procesales de forma muy clara llevaban a cualquier tercer observador a considerar que el delito de estafa objeto de acusación se centraba en la operación de 2007, y que ningún relieve delictivo se insinuaba respecto de los hechos posteriores, silenciados en el auto de prosecución y meramente accesorios o complementarios en los escritos de acusación. La ausencia de una posible calificación alternativa (como sí se hacía respecto de los hechos de 2007: apropiación indebida y/o estafa) confirmaba de forma concluyente que los hechos posteriores se consideraban por sí mismos irrelevantes, sin perjuicio de que pudieran esgrimirse como confirmación o corroboración de la intención defraudatoria que se situaba en 2007.

k) En los informes, que hemos escuchado, ni se mencionó el art. 251 CP, ni se argumentó nada al respecto. Ni en boca de las acusaciones ni en boca de la defensa se produjo alusión alguna a la estafa impropia como fórmula subsidiaria.

l) Será la sentencia la que, tras descartar que en la entrega del precio anticipado de 120.000 euros por la venta pudiera suponerse una intención defraudatoria por parte de vendedores, rescata tanto los hechos posteriores (2009) como la calificación que en ya lejano momento procesal se había insinuado ( art. 251 CP) sin acogimiento por parte del Instructor. Se desplaza la significación penal a la hipoteca y, singularmente, simultánea aportación a una sociedad del inmueble en 2019. Razona que esos hechos aparecían relacionados en los escritos de acusación y que la estafa impropia puede considerarse homogénea con la estafa ordinaria del art. 248 invocando una serie de precedentes.

Aparentemente la argumentación es impecable:

a) No hay duda de que los hechos probados de la sentencia no recogen nada sustancial que no figurase en los escritos de acusación

b) Los delitos de estafa de los arts. 248 y 251 no necesariamente son heterogéneos. En ocasiones se ha apreciado su homogeneidad: la acusación por uno de ellos permite la condena por la otra figura delictiva. En todo caso -hay que puntualizar- el tema de la homogeneidad entre figuras delictivas es más cuestión casuística que de principios generales concebidos como dogmas. Dos figuras delictivas pueden ser homogéneas en algún supuesto concreto y no serlo en otros (v.gr. homicidio en grado de tentativa y amenazas: STS 745/2012, de 4 de octubre)

c) La pena del art. 251 es inferior a la de los arts. 248 y 250, lo que hace compatible la condena con las exigencias de los arts. 851.4 y 789.3 LECrim.

### **Tercero.**

Sin embargo, hay dos puntos que no aparecen tratados y que quiebran el discurso de la Audiencia:

a) Una resolución judicial no definitiva, pero tampoco despreciable, había acotado el objeto del proceso penal: el auto del art. 779.1.4ª. Excluyó los hechos que han determinado la condena. O, mejor, no los incluyó, de forma que parece deliberada y no mera omisión involuntaria. Antes de rescatarlos para edificar sobre ellos una condena, reformateando la propuesta por las acusaciones tanto en lo fáctico como en lo jurídico, era necesario plantearse e indagar sobre el grado de vinculatoriedad del Tribunal de enjuiciamiento y las partes acusadoras respecto de esa delimitación procesal encomendada al instructor. La sentencia no se lo plantea, lo que es bastante lógico: nadie suscitó esa cuestión. Los hechos aparecían nítidos en los escritos de acusación. Justamente que no se lo plantease constituye un síntoma de indefensión. Si el Tribunal no se cuestionó eso, en buena parte fue porque nadie lo alegó. Nada le permitía intuir que existía esa dificultad. Y si nadie lo alegó es porque no era pronosticable esa *mutatio libellis*, surgida en la sentencia y no en la pretensión acusatoria.

b) Cuando se habla de homogeneidad o heterogeneidad se hace en relación a unos concretos hechos; y no en relación a sucesos, relacionados con los que son objeto de acusación, pero distintos y diferenciables de ellos en su sustancialidad. En una conducta descrita por la acusación, el Tribunal puede suprimir elementos por no considerarlos probados. Puede añadir otros accesorios que modifican en cuestiones accidentales el acaecimiento (e incluso en términos sustanciales si ello opera en favor del acusado). Puede igualmente variar algunos extremos. Lo que no podrá es realizar una mutación sustancial del hecho enjuiciado ( art. 789.3 LECrim). Eso es lo que realmente sucede cuando el carácter delictivo que se predicaba de una conducta se niega y se desplaza a otra conducta distinta, que constituye un hecho perfectamente diferenciable. Era contemplado por las acusaciones, pero sin dotarle de carácter delictivo.

Mutatis mutandi aparece esa situación con más claridad y frecuencia en casos de dudas entre la participación en un robo de la persona en cuyo poder se han encontrado los efectos; o su condición de receptor posterior. Solo si se formulan conclusiones alternativas estará abierta la posibilidad de condena por las dos infracciones: una u otra. Si solo se acusa por una de ellas es imposible condenar por la no esgrimida. Aunque en el hecho relatado por las acusaciones aparezca tanto que el acusado tenía en su poder los objetos procedentes del robo; como que sabía inequívocamente esa procedencia (lo que se deriva inevitablemente de la acusación como autor) no será jurídicamente posible la condena por recepción si la acusación no abrió esa posibilidad en sus

conclusiones, aunque fuese de forma alternativa. Una condena por receptación afectaría al derecho a ser informado de la acusación.

In casu ciertamente entre la estafa objeto de acusación y la finalmente objeto de condena podría entenderse que se da una relación de consunción ( art. 8 CP). Pero se construyen sobre hechos distintos, cronológicamente muy separados. No era racionalmente previsible para las defensas que el Tribunal dirigiese su mirada para armar la condena hacía unos hechos que, por más que estuviesen recogidos en los escritos de acusación, no eran en rigor los hechos enjuiciados. Lo natural era entenderlos como elementos posteriores que contribuirían a despejar la incógnita de si existía un dolo antecedente en los hechos realmente enjuiciados: la frustrada venta de 2007.

#### **Cuarto.**

Algunas de las partes recurridas argumentan poniendo de relieve qué pruebas hubiese hecho valer si esa posible calificación alternativa (no solo calificación jurídica alternativa; también, objeto procesal alternativo) hubiese aflorado; así como los argumentos que habrían desarrollado para desvirtuar esa supuesta acusación implícita que solo han conocido al leer la sentencia. Entre otros, argüir que esos hechos no eran contemplados por el auto de transformación como se ha anticipado. Su discurso es, globalmente considerado, convincente. En el plano teórico se destacan cuestiones no despreciables (subsistencia de las garantías prestadas; composición de la sociedad adquirente, bajo el dominio de los supuestos defraudadores, lo que podría desvanecer la morfología defraudatoria del art. 251; el viable entendimiento de que los compradores habían desistido de la operación -ya se habían denunciado los hechos-, lo que estaría refrendado, en la estimación de Patricia, por el hecho de seguir asumiendo el pago de los vencimientos hipotecarios, etc...) No nos corresponde analizarlas pero ponen de manifiesto que se expropió de facto la posibilidad de articular una defensa teórica solvente frente a esa sorpresiva imputación no sugerida por las acusaciones.

Pero también en un plano probatorio o procesal: se escamotearon medios probatorios o estrategias de defensa de indudable pertinencia en cuanto a esa atribución de responsabilidad (documentación solicitada de Caja de Granada no aportada y cuya reclamación no fue reiterada, interrogatorios centrados de forma muy predominante en los hechos de 2007, renuncia a algún testigo no comparecido...) Se explica con rigor y poder suasorio (motivo quinto del recurso de Patricia) qué posibles pruebas se hubiesen aportado para acreditar unos hechos que desmontarían la tipicidad -art. 251.2- que afloró en la sentencia.

Hay mutación sustancial del hecho no solo cuando se introducen hechos nuevos, sino cuando algunos de los relatados por la acusación son dotados de un carácter principal y basilar de la condena, y, sin embargo, en la pretensión acusatoria solo aparecían como referencias contextuales y no como hecho punible.

Las SSTs 86/2018 de 19 de febrero y 207/2018, de 3 de mayo señalan que entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto. Por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica"

#### **Quinto.**

La exposición realizada en el anterior fundamento adelanta el desenlace estimatorio al que vamos a arribar, así como las líneas maestras del razonamiento que conduce a esa conclusión. Conviene recrear más ese esquema motivador fijando sus elementos nucleares y algunos referentes jurisprudenciales que apoyarían nuestra estimación.

Nótese que se detectan dos argumentos diferenciables que sostienen la pretensión impugnatoria: la condena ha desbordado tanto los términos del auto de prosecución (con eficacia equivalente a la del procesamiento en el procedimiento ordinario); como los términos en que se plantearon las acusaciones.

En ambas cuestiones acompaña la razón a los recurrentes, aunque, quizás el primer punto pudiera en determinadas ocasiones ser más discutible o, incluso, constatado el defecto, podría admitirse su subsanación mediante actuaciones posteriores, siempre que no se identifique una efectiva indefensión.

El segundo, en cambio, no puede ser soslayado de ninguna forma: la reorientación acusatoria efectuada por la Sala de enjuiciamiento distorsiona el principio de debida correlación que ha de guardar la sentencia con la acusación; y sobre todo lesiona de forma irreparable el derecho a ser informado de la acusación, con la consiguiente merma del derecho de defensa.

#### **Sexto.**

Tanto el procesamiento en el procedimiento ordinario, como el auto de transformación en el procedimiento abreviado constituyen elementos configuradores del conocido como juicio de acusación. Con esas herramientas procesales se pretende tanto que la parte pasiva adquiera conocimiento preciso y cabal de los hechos que se le

imputan para poder defenderse con eficacia de ellos; como que se erija en objeto de enjuiciamiento no cualquier hecho que alguien esté dispuesto a reprochar o imputar, sino solo aquellos que cuenten con base razonable y revistan caracteres de delito, según examen interino y provisional que debe realizar un órgano judicial (juicio de acusación). Con esos dos definidos propósitos nuestro ordenamiento procesal establece una serie de garantías y cautelas instrumentales que, participando de una filosofía común, varían en su plasmación según el tipo de procedimiento (ordinario, jurado, o abreviado).

El objeto de enjuiciamiento en el proceso penal va cristalizando progresivamente a través de distintas actuaciones.

En el proceso ordinario los hitos básicos son procesamiento, apertura del juicio oral, escritos de calificación provisional y conclusiones definitivas. Para que unos hechos concretos pasen a ser objeto definitivo del proceso y sean enjuiciados necesitan atravesar esos sucesivos tamices. En principio, la calificación provisional no podrá incorporar hechos no contenidos en el procesamiento, o hechos que no hayan sido objeto de investigación en la fase de instrucción ( hechos punibles que resulten del sumario reza el art. 650.1 LECrim). Hay que puntualizar, y esto repercute en alguna medida en el asunto ahora analizado, que en la jurisprudencia la función delimitadora del objeto del proceso penal anudada al procesamiento, ha sido muy diluida: SSTS de 12 de junio de 1990, 20 de mayo de 1991, ó 30 de junio de 1992, 25/2005, de 25 de enero y 1070/2004, de 24 de septiembre. Esta última relativiza la ausencia en el procesamiento de un concreto delito objeto de acusación y llega a una condena, considerando que no se produjo indefensión en tanto la defensa no solo conoció la imputación de dicho delito desde el inicio de la actuación sumarial, sino que, además, luego la vio enmarcada en el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal. Esa relajación de la fuerza delimitadora vinculante del procesamiento (o su equivalente: el auto de transformación) es admisible, empero, frente a los escritos de conclusiones; pero no frente a una sentencia no precedida de esa previa incorporación a las conclusiones de la acusación.

No obstante, es reseñable la reivindicación que de esa función del procesamiento viene haciendo una jurisprudencia más próxima en el tiempo. Ejemplo claro de ello es la STS 78/2016 de 10 de febrero:

"el auto de procesamiento, con todo el carácter provisional que quiera atribuírsele, no puede limitar su funcionalidad a la definición de quién haya de soportar la acusación. Esta resolución, para cuyo dictado el más clásico de los tratadistas exigía de los Jueces "una moderación y una prudencia exquisitas", es algo más. La garantía jurisdiccional, tal y como fue concebida en el modelo del sumario ordinario no puede contentarse con dibujar el quién de la inculpación. Ha de precisar también el qué y, por supuesto, el porqué. Sólo así cobra pleno sentido el sistema de investigación jurisdiccional al que se somete la fase de investigación en el procedimiento ordinario. Una interpretación microliteral del art. 650.1 de la LECrim, conduciría a la desnaturalización del sistema ideado para hacer eficaz la garantía jurisdiccional en el procedimiento ordinario. De hecho, llevado a sus últimas consecuencias obligaría a tolerar, por ejemplo, que el Fiscal pudiera formular acusación por hechos excluidos por decisión judicial en el momento de dictar la resolución de admisión a trámite de una querrela. Esos hechos resultan del sumario y, sin embargo, no pueden integrar el acta de acusación.

Es evidente que el grado de vinculación entre el auto de procesamiento y el escrito de acusación del Fiscal no puede entenderse más allá de sus justos términos. En efecto, la formulación de las conclusiones provisionales corresponde al Ministerio Fiscal. Es él quien actúa el ius puniendi del Estado y quien decide con la autonomía funcional predicable de su configuración constitucional, qué va a ser objeto de acusación y contra quién va dirigirse la pretensión punitiva. El Juez de instrucción no puede exigir del Fiscal que el hecho por el que se formula acusación y las personas que hayan de soportar esa acusación coincidan con el relato fáctico y con el juicio de inculpación que ha considerado procedente expresar en el auto de procesamiento. El Fiscal puede no incorporar a su acta de acusación alguno de los hechos acogidos en el auto de procesamiento. Puede también apartarse de la subsunción suscrita por el Instructor y calificar los hechos con una tipicidad alternativa. Puede no acusar a todos y cada uno de los investigados que fueron declarados procesados por el Juez. Está facultado, como es lógico, para instar la revocación del auto de conclusión del sumario para la inclusión de aquellos presupuestos fácticos que, a su juicio, hayan sido erróneamente omitidos por el Juez de instrucción (cfr. art. 627 LECrim). Pero si descarta el sobreseimiento libre o provisional ( arts. 637, 641 y 642 LECrim) y se inclina por formular acusación, no podrá desbordar el relato fáctico dibujado por el Juez de instrucción ni podrá acusar a quien previamente no haya sido declarado procesado.

Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Y son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó

el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral.

El argumento que late en el recurso del Fiscal, referido a la posibilidad que se dio al procesado de defenderse en el acto del juicio oral de los hechos no incluidos en el acto de procesamiento, no puede compartirse. No estamos ante un problema de tutela judicial efectiva, ni siquiera de indefensión formal o material. La prohibición de incluir en el escrito de conclusiones hechos que no han sido objeto del auto procesamiento es una nota definitoria del sistema. Su exigencia dibuja un presupuesto de legitimidad para el ejercicio de la acusación. No se trata de decidir si el procesado pudo o no defenderse, sino de proclamar que nunca debió haber sido acusado".

### **Séptimo.**

En el ámbito del procedimiento abreviado, antes de la modificación introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, no estaba prevista una expresa resolución judicial de imputación que sirviera para concretar judicialmente el objeto del proceso. Esa carencia fue sustituida en la jurisprudencia constitucional, con más voluntad que base legal, por la declaración como imputado. Sin la previa adquisición del estatus de imputado, a través de la citación y declaración en tal calidad, no era procesalmente viable la acusación. Subjetiva (imputado) y objetivamente (hechos objeto de interrogatorio) se fijaba así en una primera aproximación en la fase de instrucción el *thema decidendi* del proceso.

Esa delimitación habría de atravesar luego otros dos filtros: el escrito de acusación dirigido contra ese imputado; y la apertura del juicio oral. Bajo la anterior regulación, en los aspectos objetivos la delimitación a cargo del órgano judicial mediante la declaración como imputado quedaba, ciertamente, muy difuminada o desvaída.

La reforma de 2002 arrojó alguna luz acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reforzada por la exigencia normativa de una específica delimitación en el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.1.4ª): "si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el art. 775". La declaración como imputado (investigado, a partir de 2015) se configura así legalmente junto con el auto de transformación como actuaciones definidoras del objeto del proceso y de las personas contra las que se dirige. Los hechos contemplados en el auto indicado, así como las personas que la misma resolución señala, a las que deberá haberse recibido declaración previa en esta condición, conforman los contornos de los hechos justiciables (por utilizar terminología de la Ley del Jurado) a los que han de atenerse los ulteriores trámites.

Tras los escritos de acusación, el auto de apertura del juicio oral determinará definitivamente el objeto del debate en el plenario. En dicho auto se limita el Instructor a realizar un juicio de razonabilidad de la acusación y de la procedencia de celebrar juicio oral, o, alternativamente, de decretar el sobreseimiento (art. 783.1).

Por fin, las conclusiones definitivas confirmarán ese objeto prefijado o acabarán de perfilarlo.

Es admisible, en verdad, una relativa desarmonía entre los hechos recogidos en el auto de transformación y los que aparecen en los escritos de acusación. Es exigible cierta congruencia entre ese auto y los escritos de acusación, pero no un seguidismo absoluto. No se produce una vinculación fuerte o rígida que impediría variar ni un ápice lo narrado (en relato que no tiene por qué descender a todos los detalles) en el auto de transformación. Esta idea concuerda con la funcionalidad de tal interlocutoria: supone la constatación de que existe fundamento para abrir el juicio oral porque hay indicios de unos hechos que revisten caracteres de delito. Su función no consiste en perfilar en sus últimos detalles los hechos, sino dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que, en lo sustancial, ha de ser respetado pero que puede ser objeto de matizaciones, modulación o transformaciones siempre que no supongan un cambio esencial del objeto procesal.

Ese es el *punctum dolens* en el presente asunto. Tras el auto de transformación, ¿podían las partes -y en su momento la Audiencia- construir el reproche penal sobre hechos no incluidos en el Auto y, además, claramente distintos, aunque tengan vinculación o estén relacionados? El grado de vinculación que supone en lo fáctico el auto de transformación es relativizable, pero no hasta el punto que admite la sentencia ahora examinada. Máxime cuando estamos enfrentando al espejo del auto de transformación, no los escritos de acusación, sino directamente la sentencia, sin ese paso intermedio de las pretensiones acusadoras en que no se detectaba una acusación, aunque fuese implícita, por el art. 251.2 CP. La piedra de toque para discriminar en definitiva será verificar si ha quedado menoscabado el derecho de defensa. Aquí la respuesta a ese interrogante ha de ser afirmativa. Se ha justificado ya.

### **Octavo.**

La sentencia, no puede introducir sorpresivamente ni hechos distintos a los invocados por las acusaciones, ni valoraciones jurídicas novedosas que la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. Tampoco puede focalizar su atención para conformar la tipicidad en elementos fácticos que la acusación no recogía en su pretensión; ni conferir

a los elementos que hayan podido ser aludidos una dimensión o relevancia que no se desprendía, ni expresa ni implícitamente, del examen de la pretensión acusatoria. Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación o se reelaboran los hechos en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos de sus elementos; y aclarar o especificar otros; o que introducen perspectivas nuevas, se frustra el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica o la trascendencia jurídica concedida a datos fácticos que no se presentaban con tal alcance por la acusación.

Es imprescindible que exista acoplamiento o ajuste en lo esencial aunque no la similitud que brinda un espejo. Es decir, la condena ha de tener su correspondencia en la acusación; debe ser reflejo aunque solo sea parcial, de aquella (entre otras STS 326/2013, de 1 de abril).

Leemos en la STS 977/2012, de 30 de octubre:

"El principio acusatorio obliga, en efecto, al Tribunal a valorar exclusivamente los hechos sobre los que las acusaciones fundan su pretensión. Ese presupuesto del argumento blandido es indiscutible. Entre los hechos objeto de acusación y los enjuiciados ha de existir esencial identidad. Ni siquiera a través del expediente del art. 733 LECrim puede desligarse el Tribunal de esa vinculación al sustrato fáctico. No está habilitado para introducir hechos nuevos inculpativos. Admitirlo supondría una quiebra del principio acusatorio y, singularmente, del derecho de defensa. La STC 347/2006 de 11 de diciembre proclama a este respecto: "... Nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio". A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas, y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación ( SSTC 12/1981, de 12 de abril ; 104/1986, de 17 de julio ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 4/2002, de 14 de enero ; 228/2002, de 9 de diciembre y 33/2003, de 13 de diciembre ).

La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia, que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias ( SSTC 53/1987, de 7 de mayo ; 17/1988, de 16 de febrero y 95/1995, de 19 de junio ).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico ( STC 228/2002, de 9 de diciembre ). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal ( SSTC 10/1988, de 1 de febrero ; 225/1997, de 15 de diciembre ; 302/2000, de 11 de diciembre y la ya citada 228/2002 ).

#### **Noveno.**

Posibles déficits en la calificación de las acusaciones (en este caso al no haber formulado alternativas o no incluir una referencia al art. 251.2 aunque se considerase absorbido por aplicación del art. 8 CP que también podría ser recogido) no podían ser subsanados por el Tribunal sin traicionar su posición de neutralidad e imparcial pasividad. Si lo hace, abandona su papel institucional de árbitro en un debate contradictorio entre partes, convirtiéndose en un nuevo acusador que, además, irrumpe en un momento tardío: al dictar sentencia y hurtando esas imputaciones a las posibilidades defensivas.

Se podría discutir, quizás, si eran admisibles en este caso, a la vista del auto de transformación, esas hipotéticas conclusiones alternativas o referencias al art. 251 CP. Pero lo que no admite controversia es que el Tribunal, de oficio, no podía hacerlo sin menoscabo del derecho de defensa, en lo que probablemente no reparó porque nadie la advirtió (ni tenía por qué hacerlo en los términos en que el debate aparecía configurado) sobre unas limitaciones que, marcadas en el auto de transformación, condicionaban la interpretación de las actuaciones procesales posteriores.

El principio acusatorio presupone el derecho de defensa y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación (principio de contradicción). Al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido fijados por acusación y defensa, lo cual significa en última instancia, que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias ( SSTC 53/1987, de 7 de Mayo; 17/1988, de 16 de Febrero y 95/1995, de 19 de Junio).

La STS 1057/2011, de 20 de octubre explica esa idea:

"Todo ello tiene un límite infranqueable, pues ha de verificarse siempre con respeto al hecho nuclear de la acusación, que no puede ser variado de oficio por el Tribunal en perjuicio del reo".

En esta línea, y en lo que al caso presente interesa, el Tribunal Constitucional ha destacado el necesario carácter real y efectivo de la lesión al derecho fundamental de defensa para que pueda extraerse de ella relevancia constitucional, por lo que lo decisivo a la hora de enjuiciar la posible vulneración del principio acusatorio por esta razón no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir, el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación.

Y es lo cierto que en el caso presente ninguna indefensión se ha producido, pues, ciertamente, acusado y letrado de éste enfocaron perfectamente la defensa en el Juicio Oral sabiendo que se le acusaba de un delito de tráfico de drogas, lo que conlleva necesariamente, que conocían el propósito que impulsaba la conducta del acusado al ser imputado de ese delito, y que, efectivamente, la línea defensiva se extendió también al elemento subjetivo del injusto, sobre el propósito de transmisión de la droga".

En este caso, objetivamente, una condena por el art. 251.2 CP basada en los hechos acaecidos en 2009, no se podía prever como posible a la vista del auto de transformación y los términos de los escritos de acusación.

#### **Décimo.**

Recapitulando, el Tribunal está facultado para, a la vista de su propia valoración de la prueba desplegada, introducir alteraciones, en el relato propuesto por la acusación, así como insertar elementos fácticos que hayan sido objeto de debate y enriquezcan la narración. Lo irrenunciable es que se respete el hecho en lo nuclear, que no se mute su identidad básica, que no se introduzcan actos (conductas relevantes penalmente) distintos de los aportados por la acusación.

Aquí formalmente no se introducen hechos que no apareciesen en los escritos de acusación; pero sí se desvía el punto de mira. Lo que las pretensiones acusatorias presentaban como hechos punibles, son entendidos como no probados en extremos indispensables para su relevancia penal. Y lo que en las acusaciones aparecía como hechos diferentes y posteriores que ilustraban sobre el carácter delictivo de los que se presentaban para su enjuiciamiento, se convierte en el material fáctico con el que la Audiencia construye la condena. La imprevisibilidad de esa variación o ese nuevo enfoque queda aquí más enfatizada por la forma en que se desarrolló la fase intermedia (auto de prosecución, términos en que se pronunció el Fiscal, contenido de los escritos de acusación). Si en otro contexto podría explorarse algo más indagando sobre la merma efectiva del derecho de defensa, en este no nos cabe duda de que no se ha respetado la debida correlación entre acusación y sentencia y que eso ha afectado de forma relevante al derecho de defensa.

Los hechos que se dicen constitutivos de estafa impropia no coinciden con los que motivaban la acusación por estafa. Además, en ningún momento iniciada la fase intermedia afloró esa posible tipificación. Hay elementos fundados para entender que esos hechos habían quedado expulsados del objeto procesal al acotarse en el auto de transformación los hechos a enjuiciar.

#### **Undécimo.**

En este sentido la STS 565/2019, de 19 de noviembre resalta que la parte defensora no tiene el deber procesal de suponer todas las calificaciones alternativas posibles a la expresada por la acusación. En otro caso, se vería obligada no sólo a responder frente a la acusación conocida, sino también frente a la desconocida, dado que debería rebatir idealmente cuantas posibilidades imaginara, lo que podrá afectar si no al acusatorio, sí al derecho de defensa.

La doctrina de la STEDH, de 23 de febrero de 2016, (Asunto Pérez Martínez contra España , § 22 a 25), recuerda que "las disposiciones del apartado 3 a) del art. 6 CEDH muestran la necesidad de prestar sumo cuidado en la comunicación al interesado de la "acusación". En materia penal, una información rigurosa y completa de los cargos que pesan sobre un acusado, y por tanto la calificación jurídica que la jurisdicción pudiera considerar, es requisito esencial de la equidad del procedimiento. La eventual condena ha de ser previsible para la defensa.

Es recomendable, por ello, que la acusación al formular su calificación definitiva considere una posible discrepancia razonable -el Derecho no es una ciencia exacta y menos cuando se trata de valorar la actividad probatoria- y acoja en sus conclusiones las calificaciones razonablemente posibles. Esa recepción en las conclusiones de la doble calificación se puede hacer, bien valiéndose de las alternativas; bien, cuando se trata de un concurso aparente de normas, citando ambas tipificaciones en la segunda de las conclusiones, aunque se dé prevalencia a una de ellas en virtud de los principios que rigen el concurso de normas ( art. 8 CP).

Las conclusiones alternativas, de cualquier forma, resultarán especialmente aptas cuando concurren dos posibles versiones de los hechos, de manera que necesariamente ha ocurrido una de ellas pero no se puede precisar cuál o cuando, descartada la principal, emerge el posible carácter delictivo de la segunda considerada ya aisladamente. La prohibición de mutación sustancial del hecho convierte en recomendable estrategia de la acusación abrir ambas posibilidades al Juez o Tribunal que, además, en estos casos ni siquiera podría utilizar el expediente de la tesis para proponer su punto de vista pues se trataría de introducir un hecho nuevo.

El deber del Fiscal, escribía Alonso Martínez en la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es "hacerse cargo de todas las calificaciones probables que autorice la prueba practicada y que pueda aceptar el Tribunal redactando al efecto la pretensión alternativa de que habla el art. 732".

#### **Undécimo.**

Por las razones expuestas procede la estimación del recurso con declaración de las costas de oficio conforme a lo ordenado por el artículo 901 de la LECrim.

### **FALLO**

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

1.- ESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Patricia, Rafaela y Eladio contra la sentencia núm. 28/2020 de fecha 3 julio 2020 dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Madrid y recaída en el procedimiento abreviado 3386/2016 dimanante de las diligencias previas núm. 5829/2008 del Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid, en causa seguida por delito de estafa y falsedad.

2.- Declarar de oficio las costas de estos recursos.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre  
Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz  
Leopoldo Puente Segura

#### **RECURSO CASACION NÚM.: 4453/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 14 de julio de 2022.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Quinta), y que fue seguida por delitos de estafa y falsedad contra Patricia, Rafaela y Eladio en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Único.**

Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Único.**

Las razones recogidas en la Sentencia anterior conducen a la absolución de los acusados de los hechos que se les imputaba con declaración de las costas de oficio.

### **FALLO**

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

ABSOLVER a los acusados Patricia, Rafaela y Eladio de los delitos por los que venían siendo acusados con declaración de oficio de las costas causadas en la instancia y con todos los pronunciamientos favorables.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura

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.