



TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 563/2013, de 18 de junio de 2013

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10127/2013

SUMARIO:

Delito de estafa. Engaño bastante. Error en la apreciación de la prueba. Se recuerdan los elementos del delito de estafa y la necesidad de que concurra el engaño bastante. Deviene imprescindible valorar la idoneidad objetiva del engaño, limitado por el principio de autorresponsabilidad. Los acusados hicieron despliegue de una gran capacidad de persuasión, consiguiendo prolongar el engaño durante mucho tiempo, y utilizando su habilidad para sustituir los billetes reales por recortes. Los atestados policiales, las denuncias y las diligencias previas no constituyen documento a los efectos de la vía del error en la apreciación de la prueba.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 248.1 y 250.1.5.º.

Constitución Española, art. 24.2.

PONENTE:

Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de fecha 18 de diciembre de 2012 . Han intervenido el Ministerio Fiscal y, como recurrente, el acusado Florian , representado por el procurador Sr. de Noriega Arquer. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

I. ANTECEDENTES

Primero.



El Juzgado de Instrucción número 9 de Zaragoza, instruyó Procedimiento Abreviado 1903/2009, por delito de estafa contra Florian , y lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza cuya Sección Sexta en el Rollo de Sala 42/10 dictó sentencia en fecha 18 de diciembre de 2012 con los siguientes hechos probados:

"Primero.- El día 15 de Diciembre del año 2007, con motivo del anuncio publicado por D. Moises , en la página de Internet "www. segundamano.es", en el que anunciaba el traspaso del local por él regentado, llamado "Café Boxes", sito en la Villa de Pradejón (La Rioja), se presentaron en el referido local dos hombres de raza negra, que manifestaron ser hermanos identificándole como " Cachas " y " Chato ", con las características físicas y teléfonos de contacto facilitado a la Policía por D. Moises .

Esos dos individuos de raza negra mostraron interés por el traspaso del local.

D. Moises les informó de que el traspaso del local de negocio ascendía a la cantidad de 95.000 euros.

A raíz de todo ello entablaron los tres una conversación en la que " Cachas " y " Chato ", le comentaron a D. Moises que tenían un método para transformar papel en blanco en billetes de curso legal, realizando el llamado " Chato " una ficticia demostración de cómo se transformaban dos papeles en blanco en dos billetes de curso legal de 50 euros cada uno.

El tal " Chato " cogió dos papeles en blanco de gramaje y dimensiones idénticas a las de un billete auténtico de 50 euros y poniendo el billete auténtico en medio y los papeles en blanco uno encima y otro debajo del billete auténtico, echó encima un producto químico que llevaba y luego los envolvió en un papel albal que tenía preparado de composición indeterminada.

Seguidamente provocando entre Cachas y Chato una distracción en la atención de D. Moises , Chato se guardó rápidamente en un bolsillo de su chaqueta ese envoltorio de papel albal (lo escamoteó) y extrajo, rápidamente, otro envoltorio, exactamente igual, que tenía preparado en su bolsillo, también de papel albal y colocándolo encima de una mesa del "Café Boxes", como si fuera el que acababa de cerrar con dos papeles en blanco y un billete auténtico de 50 euros, le colocó encima un objeto pesado durante unos minutos.

Al cabo de unos cuantos minutos, el tal Chato , quitó el objeto pesado de encima del envoltorio, y con otro "producto químico" procedió a su limpieza y abriendo ese envoltorio, pudo comprobar D. Moises , que dentro de se envoltorio había tres billetes de 50 euros, que incluso tenían números de serie diferentes del billete bueno de en medio.



Despertose así la ambición y una falsa ilusión en la mente de D. Moises , quien ni por asomo se había dado cuenta del "cambiao" y de que el envoltorio con un solo billete bueno de 50 euros y dos papeles en blanco, de similares dimensiones estaba en un bolsillo de la chaqueta de Chato .

Seguidamente, los referidos " Cachas " y " Chato ", invitaron a D. Moises a comer en el Restaurante del "Hotel Saint" de Calahorra (La Rioja), pagando al final la comida Chato , con uno de los dos billetes convertidos supuestamente en billete auténtico de 50 euros, y como es lógico el camarero de dicho Hotel Saint, dio por bueno ese billete de 50 euros, tras pasarlo por el Scanner de luz ultravioleta, pues en realidad ese billete siempre había sido auténtico, nunca había sido clonado o duplicado por nadie.

El otro billete supuestamente falso se lo regalaron " Cachas " y " Chato " a D. Moises , quien lo ingresó en su Banco, sin ningún problema, pues era realmente un billete auténtico de 50 euros.

Al día siguiente, 16-12-2007, se personó en Zaragoza, lugar en que reside habitualmente el Sr. Moises , el llamado Cachas para explicarle al Sr. Moises el método de utilizar un producto químico para transformar papeles en blanco en billetes de curso legal, quedando en una concreta cantidad que el Sr. Moises quería "transformar" y que tipo de billetes, para que Chato trajera el producto de la embajada de Senegal en Madrid, donde dijo tener un contacto personal.

Así, en el mes de febrero del año 2.008, se citaron en Zaragoza, Cachas y Chato con el Sr. Moises , para "transformar" el dinero que aportaba el referido Sr. Moises que ascendía a la cantidad de 15.000 euros. Para ello, los referidos " Cachas y Chato ", hicieron un paquete, intercalando un billete auténtico de los proporcionados por D. Moises , con un papel en blanco de gramaje y dimensiones exactas a las de un billete auténtico, y así sucesivamente, hasta intercalar todos los 15.000 euros, en billetes de 50 euros, aportados por D. Moises , con papeles en blanco.

Seguidamente, " Cachas y Chato " envolvieron todo en un solo envoltorio de papel de aluminio, con cinta de embalaje y en ese preciso momento entre Cachas y Chato provocaron una distracción en D. Moises , que estuvo presente en todo momento en la tarea de intercalado de billetes y embalaje de los mismos.

Aprovechando esa distracción provocada, Cachas y Chato , con un rápido movimiento introdujeron ese paquete de 15.000 euros en billetes auténticos, intercalados con papeles en blanco, en un bolsillo de la chaqueta de uno de ellos e inmediatamente extrajeron otro



envoltorio idéntico, lleno de recortes de papel, que tenían preparado, ya que sabían que tipo de billetes iba a aportar D. Moises , y la exacta cantidad que traería, pues para apalabrar la cantidad de dinero y la clase de billetes que tenía que aportar el Sr. Moises , se personó el individuo llamado " Cachas " en Zaragoza en el domicilio del Sr. Moises , el 16 de Diciembre del 2007.

Una vez extraído ese envoltorio idéntico, también envuelto en papel de aluminio y también cerrado con cinta de embalaje, idéntico, inyectaron Cachas y Chato , en ese envoltorio de recortes de papel, con una jeringuilla, un producto químico indeterminado.

Dejaron actuar "el producto" un rato y luego se marcharon " Cachas y Chato " , diciéndole que volverían al día siguiente para hacer el lavado de los billetes con otro producto.

Por supuesto que al marcharse " Cachas y Chato " se llevaron en un bolsillo de sus chaquetas el envoltorio en el que iban los 15.000 euros en billetes de 50 euros auténticos, intercalados con recortes de papel blanco, de idénticas dimensiones a los billetes de 50 euros auténticos y dejaron en casa de D. Moises el envoltorio cerrado, con los recortes de papel, envoltorio de apariencia externa idéntica al que se llevaban en un bolsillo.

Al día siguiente se presentaron Cachas y Chato en casa de D. Moises a "lavar" los billetes con otro producto para "transformarlos supuestamente" en billetes de curso legal. Entonces, Cachas y Chato le dijeron "a su víctima" que los billetes se habían manchado y estropeado, por ello el que se hacía llamar " Chato " se llevó un par de billetes, comprometiéndose a que iría a un laboratorio en Francia para hacer unas comprobaciones, y manifestando al Sr. Moises que el producto utilizado había sido muy fuerte y que tendría que poner mas dinero.

Segundo.

Posteriormente, ya en Febrero de 2008, D. Moises , seguía sin recelar de Cachas y Chato , pues quedó con ellos en la ciudad de Madrid, para hacer otra prueba aportando la cantidad de 6.000 euros, en billetes, cantidad y tipo que había apalabrado con ellos, previamente por teléfono.

Allí, en Madrid, repitieron Cachas y Chato la mecánica ya descrita de intercalar, envolver los 6.000 euros, distraer al Sr. Moises y dar el cambiazo de ese envoltorio que contenía los 6.000 euros auténticos, por otro idéntico exteriormente que llevaban en un bolsillo.



www.civil-mercantil.com

Quedose el Sr. Moises con el envoltorio que tenía solo recortes de papel en blanco y marcharonse Cachas y Chato diciéndole al Sr. Moises que al día siguiente volverían para realizar el lavado de los billetes con otro producto que tenían que traer.

Al día siguiente, el individuo que se identificaba como " Cachas llamó por teléfono al Sr. Moises , que seguía en Madrid, y le dijo que no podían acudir, dado que la Policía había detenido a Chato con billetes falsos, teniendo Cachas miedo a que también lo detuvieran a él y que por eso le mandaría a dos conocidos suyos para realizar "el lavado" del envoltorio que mantenía el Sr. Moises en su alojamiento de Madrid.

Por ese motivo D. Moises , regresó a la ciudad de Zaragoza.

Los llamados Cachas y Chato ya no volvieron a ponerse en contacto con D. Moises , no habiendo podido ser identificados hasta la fecha.

Aparecieron entonces en escena un sujeto de raza negra llamado " Chispas " y otro de raza blanca llamado " Casposo ", (finalmente identificado por D. Moises como Florian), quienes se pusieron en contacto con D. Moises , con quien quedaron en la ciudad de Madrid a finales de Febrero del 2008 o primeros de Marzo de 2008.

El Sr. Moises llevó a Madrid el paquete de los recortes de papel, donde él creía que estaban sus 6.000 euros, y ya en esa ciudad Chispas y Florian le dijeron que si no añadían otro producto nuevo que valía 7.400 euros el dinero que había en el envoltorio, que había traído a Madrid el Sr. Moises , se estropearía.

Al día siguiente D. Moises les entregó a Chispas y a Florian 7.400 euros.

Tercero.

En el mes de Marzo del 2008, Chispas y Florian , quedaron en Calahorra con D. Moises , para hacer "el lavado" de los 6.000 euros en billetes que D. Moises seguía creyendo que iban dentro del envoltorio dado a él en cambiazo por Cachas y Chato en la ciudad de Madrid.

Entonces Chispas y Florian le dijeron a D. Moises que se les había roto la botella de ese producto nuevo, necesario para realizar la operación de lavado y que una nueva botella valía 30.000 euros.

Entonces D. Moises buscó ese dinero como pudo, incluso hipotecando su casa, y en el mes de Agosto de 2008 les entregó 30.000 euros a Chispas y a Florian , para que compraran esa nueva botella con ese nuevo producto.



También en el mes de Agosto del 2008, quedó nuevamente D. Moises con Chispas y con Florian , en la ciudad de Madrid, concretamente en el Hotel Osuna, donde les entregó la cantidad de 44.000 euros apalabrada por teléfono, para que hicieran otro paquete ante él, intercalando sus billetes auténticos con los papeles en blanco de idéntico tamaño, cosa que así hicieron Chispas y Florian , en una habitación del Hotel Osuna, lugar en el que provocando una distracción entre los dos al Sr. Moises le dieron otra vez el cambiazo con otro envoltorio idéntico, que uno de ellos portaba ya preparado en uno de sus bolsillos, envoltorio de idéntico tamaño, peso y envoltura, al que inyectaron con una jeringuilla Chispas y Florian un determinado producto químico, dejándolo reposar unos minutos con un objeto pesado encima, mientras el envoltorio con los 44.000 euros auténticos, aportados por el Sr. Florian , permanecía escondido en un bolsillo de la chaqueta de Chispas o de Florian .

De ese "escamoteo" no se dio ni cuenta D. Moises .

Al día siguiente, D. Moises , regresó a la ciudad de Zaragoza, con el paquete-envoltorio sin abrir y conteniendo en su interior solo recortes de papel blanco, agrupados en fajos como si fueran billetes de verdad.

Ese paquete iba envuelto con papel albal y sellado con cinta de embalar.

Al día siguiente Florian llamó por teléfono a D. Moises , manifestándole "que necesitaba un fijador" para que los billetes salieran bien y que ese fijador valía 6.000 euros, los cuales le entregó el Sr. Moises mediante una transferencia.

Pero esa transferencia no fue la única, ya que desde ese mes de Agosto del 2008 y hasta el 26 de Febrero del 2009 D. Moises efectuó un total de 26 transferencias a distintas personas designadas por teléfono por " Casposo " por un importe total de 55.461 euros, todas ellas en virtud de sucesivos requerimientos a él efectuados por teléfono por el acusado Florian , "a fin de comprar los diversos productos necesarios para el lavado de los billetes" (sic).

Todo ello ante la necesidad del Sr. Moises de "al menos" recuperar los billetes de curso legal puestos en los paquetes.

Cuarto.

El día 24 de Marzo del 2009, ya totalmente desengañado, D. Moises procedió a denunciar los hechos en la Comisaría del Arrabal de esta ciudad de Zaragoza, dando los nombres y las descripciones de los individuos intervinientes, así como los números de los teléfonos móviles,



mediante los que se ponían en contacto con él. Concretamente el teléfono móvil usado por Florian , era el nº NUM000 .

Aun después de esa denuncia, en la Comisaría del Arrabal de esta ciudad de Zaragoza, recibió D. Moises una llamada telefónica del denominado " Chispas ", pidiéndole que le mandara mas dinero para comprar productos "para el lavado de los billetes" (sic) y ante la negativa de D. Moises , volvió a llamarle por teléfono el tal " Chispas " manifestándole que había sido engañado por el tal " Casposo " (Florian), quien se había quedado con todo el dinero que les había mandado y remitiéndole por último el tal " Chispas " un S.M.S. en el que le comunicaba el nombre y apellidos del tal " Casposo " y donde vivía este sujeto.

Tal S.M.S. decía textualmente " Florian vive en Gijón".

El día 2-6-2009, en la Policía D. Moises , reconoció fotográficamente a Florian , como la persona que identificándose como " Casposo " le había engañado reiteradamente, mediante la operativa descrita.

Cuando el día 6 de Septiembre del 2009, se produjo la detención policial de Florian , se le encontró dentro del turismo que conducía un teléfono móvil marca NOKIA, que llevaba insertada la tarjeta asociada al numero de teléfono NUM000 , facilitado el día 24-3-2009 por D. Moises , en el Atestado policial de la Comisaría del Arrabal, como el nº de teléfono móvil desde el que le había llamado en múltiples ocasiones el llamado " Casposo ".

Esas múltiples llamadas desde el teléfono móvil nº NUM000 al teléfono móvil NUM001 de D. Moises , han quedado corroboradas mediante el listado de llamadas emitidas por la Compañía Telefónica ORANGE.

Al registrar la Policía el domicilio en Gijón de Florian , encontraron "no solo" el teléfono móvil de la marca NOKIA, con tarjeta asociada al nº NUM000 , "sino también" 26.000 euros en dinero efectivo, concretamente en billetes de 500 euros y varios justificantes de envío de dinero a través de la empresa Money Gram.

Al denunciar los hechos en la Comisaría del Arrabal, el día 24-3-2009, aportó D. Moises dos paquetes envueltos con papel albal y sellados con cinta adhesiva, en los que "supuestamente" tendrían que estar 6.000 euros en billetes auténticos intercalados con papeles en blanco de las mismas y exactas dimensiones, en el primer paquete y otros 44.000 euros auténticos, con igual intercalado, en el 2º paquete.



www.civil-mercantil.com

Obviamente en esos dos envoltorios-paquetes, solo había fajos de papel blanco ennegrecidos, con iguales dimensiones que los fajos de billetes de 50 euros.

También aportó D. Moises , junto con su denuncia inicial los 26 resguardos de las 26 transferencias bancarias que había hecho a múltiples sujetos residentes en Francia y en Camerun, ante requerimientos telefónicos de Florian (a) " Casposo ", para poder comprar "el caro producto químico necesario para el lavado de los billetes".

Quinto.

A consecuencia de estos hechos, padecidos por D. Moises , este ciudadano ha necesitado y sigue necesitando tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico, con una frecuencia de una sesión de psicoterapia cada dos semanas.

Esas sesiones comenzaron el 24-3-2009, al presentar D. Moises llanto, desesperanza, apatía, desmotivación, problemas de concentración, de atención y de memoria, irritabilidad, problemas de sueño, ideación suicida y sentimientos de culpa e impotencia, junto con miedo a enfrentarse a determinadas situaciones y personas.

Todos estos síntomas que padecía y aun padece D. Moises , tienen su exclusivo origen en los hechos narrados cometidos contra él por el acusado Florian .

D. Moises no tenía antecedentes psiquiátricos de tipo alguno antes de padecer los Hechos narrados".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLO

Que debemos de condenar y condenamos al acusado Florian , como autor responsable de un delito de Estafa agravada, tipificado en los artículos 248-1 º y 250-1-5º del Código Penal vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal a las penas de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de su condena privativa de libertad.

Asimismo, condenamos al acusado Florian a pagar una multa de 10 meses (300 días/multa) a razón de una cuota-día de 6 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas- días no pagadas en caso de insolvencia.



www.civil-mercantil.com

También condenamos al acusado Florian al pago de las costas del juicio, con inclusión en las costas de las costas de la Acusación particular.

Finalmente condenamos al acusado Florian a que en concepto de responsabilidad civil derivada del delito por él cometido, indemnice con la cantidad de 163.461 euros a D. Moises , cantidad que devengará los intereses establecidos en el artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil .

Al acusado Florian le servirá de abono para el cumplimiento de su condena privativa de libertad todo el tiempo que cumpla de prisión provisional.

Notifíquese esta Sentencia a las partes con remisión de copias.

Llévese esta Sentencia original al Libro de Sentencias y únase testimonio de la misma al presente Rollo.

Contra esta Sentencia cabe interponer Recurso de Casación, tanto por infracción de Ley como por infracción de doctrina legal, como por quebrantamiento de forma, ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, presentando previamente dentro del plazo de cinco días, siguientes a la última notificación de esta Sentencia, ante este Tribunal, un escrito autorizado por Abogado y Procurador, manifestando la clase o clases de Recurso que trate de utilizar".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Procurador Sr. de Noriega Arquero en nombre y representación de Florian que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

La representación del recurrente basa su recurso de casación en los siguientes motivos: PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional (Art. 24 y concordantes de la CE), acogido al nº 4 del Art. 5 de la LOPJ y 952 de la LECr ., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 2 del Art. 849 de la LECr ., por haber existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos. TERCERO.- Por infracción de Ley, acogido al nº 1º del Art. 849 de la LECr ., por haberse aplicado indebidamente, con la consiguiente infracción de los mismos., los Arts. 248-1º en relación con el Art. 248 en relación con el 250-1-5º del C.P . CUARTO.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1º del Art. 849 de la LECr ., al haberse infringido el art. 24 del CP , dado



www.civil-mercantil.com

los hechos que se declaran probados. QUINTO.- Por infracción de Ley, al amparo del nº 1º del Art. 849 -1º LECr ., al haberse violado lo dispuesto en los Arts. 114 del CP , al determinar la responsabilidad civil.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebraron deliberación y votación el día 4 de junio de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza condenó, en sentencia dictada el 18 de diciembre de 2012 , al acusado Florian , como autor responsable de un delito de estafa agravada, tipificado en los artículos 248.1 º y 250.1.5º del Código Penal vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad criminal, a las penas de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena privativa de libertad. Además, pagará una multa de 10 meses (300 días/multa) a razón de una cuota diaria de 6 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas en caso de insolvencia. Y abonará las costas del juicio, con inclusión de las correspondientes a la acusación particular.

En cuanto a la responsabilidad civil, el acusado fue condenado a indemnizar a Moises en la cantidad de 163.461 euros, que devengará los intereses establecidos en el artículo 576 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil .

Los hechos objeto de la condena se resumen de forma muy sucinta, y a efectos de mera introducción, en que el acusado, valiéndose del señuelo conocido como método de obtención de billetes a través de "papeles tintados", consiguió engañar al denunciante, Moises , a quien convenció para que le fuera entregando durante los meses comprendidos entre febrero del año 2008 hasta el mismo mes del año 2009 importantes cantidades de dinero a fin de



www.civil-mercantil.com

multiplicarlo mediante el sistema del tintado. De este modo, y con la colaboración de otras personas que no han sido identificadas, obtuvo de su víctima un total de 163.461 euros.

Contra la referida condena recurrió en casación la defensa del acusado, formulando un total de cinco motivos.

Primero.

1. En el primer motivo denuncia, con sustento procesal en los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr ., la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al entender la parte recurrente que no concurre prueba de cargo enervadora de la presunción constitucional.

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia nos obligan a verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005 , 300/2005 , 328/2006 , 117/2007 , 111/2008 y 25/2011 , entre otras).

2. Pues bien, en el fundamento primero de la sentencia de instancia el Tribunal hace un exhaustivo análisis de la prueba de cargo, recogiendo en primer lugar las manifestaciones prestadas en el plenario por la víctima, quien narró los contactos en una primera fase con dos sujetos que se hacían llamar " Cachas " y " Chato ", y describió también cómo ya en una segunda secuencia de los hechos entró en acción el acusado en compañía de un tal " Chispas ", constatándose a través de las declaraciones del querellante y de la forma de actuar de cada uno de aquellos que el ahora recurrente era el jefe del grupo y el que se llevó el grueso del dinero con la ayuda de los restantes.

La declaración detallada de la víctima sobre las distintas entregas del dinero y quiénes se fueron beneficiando con ellas, se vieron complementadas y refrendadas con una serie de datos objetivos probatorios que fundamentan de forma inequívoca la convicción del Tribunal sentenciador.

Y así, se destaca en la sentencia recurrida el reconocimiento fotográfico que hizo en comisaría el denunciante con respecto al acusado, a quien identificó de forma total y nada más ver la



foto. Esta identificación fue después ratificada en la vista oral, donde el testigo, a preguntas del Ministerio Fiscal, reconoció al acusado allí presente como el autor de los hechos.

Igualmente, se hace preciso subrayar que en el momento de la detención del acusado en la ciudad de Gijón, el 11 septiembre de 2009, le fue intervenido el teléfono móvil nº NUM000 , que llevaba consigo, admitiendo que ese teléfono era de su propiedad. Ello tiene suma relevancia si se repara en que la víctima ya había proporcionado a la policía con ocasión de su primera denuncia ese número de teléfono para el contacto con el autor de los hechos, con cuyo motivo describió las características físicas del denunciado, que coinciden con las del ahora recurrente.

Además también es importante el hecho de que conste un elevado número de llamadas entre ese teléfono y el de la víctima a partir de finales de febrero de 2008, es decir, cuando entró en acción el ahora recurrente y se reiniciaron las acciones defraudatorias encauzadas a conseguir la mayor parte del dinero que le fue estafado al querellante. La Audiencia concreta que tales contactos telefónicos duraron hasta el 20 de marzo de 2009, cifrándose las llamadas en un total de 183, muchas de ellas de tres o cuatro minutos de duración, siendo lo normal que fuera el acusado el que llamara al móvil de la víctima.

La Sala de instancia resalta también los documentos justificativos de las 26 remesas de dinero efectivo a la Republica Francesa y a la Republica del Camerún aportados por el querellante, hasta integrar un monto total de 55.461 euros, dinero cuyo destinatario final era el acusado y que evidencia el perjuicio que iba sufriendo el denunciante ante las exigencias del comportamiento defraudatorio de aquel.

También constan como documentos acreditativos de la versión del querellante los dos paquetes envueltos con papel albal y sellados con cintas, que no contenían nada más que papeles en blanco.

Se reseña también como dato significativo la coincidencia temporal del periodo de intensificación de las llamadas telefónicas del acusado con su móvil al del querellante, de agosto de 2008 a febrero de 2009, con la fase de las 26 transferencias dinerarias efectuadas por la víctima a personas designadas telefónicamente por el acusado. La concordancia en ocasiones llega hasta el extremo de que las fechas de las llamadas coinciden con las de los envíos dinerarios (7-8-2008, 14-8-2008, 19-8-2008, 21-8- 2008, etc.).

La sentencia enfatiza, por último, una intervención telefónica autorizada por el Juez del Juzgado de Instrucción nº 9 de Zaragoza, en la que se escucha una conversación entre el acusado y el querellante, el día 19 de mayo de 2009, en el curso de la cual este le reprocha su



www.civil-mercantil.com

conducta al acusado, quien a su vez admite haber recibido de aquel una entrega de 7.400 euros y otra de 30.000 euros, exculpándose el ahora recurrente con el argumento de que los 30.000 euros se los ha quedado "Bongo Bongo".

Por consiguiente, el Tribunal sentenciador no solo contó con el testimonio de cargo de la propia víctima, sino que este se vio corroborado con unos datos objetivos concluyentes e inequívocos sobre la autoría principal del acusado en el desarrollo de toda la trama defraudatoria y en la obtención de los cuantiosos beneficios.

Queda, pues, debidamente enervada la presunción de inocencia, decayendo así este primer motivo del recurso.

Segundo.

En el segundo motivo denuncia la defensa, por el cauce procesal del art. 849.2º de la LECr ., la existencia de error en la apreciación de la prueba basado en documentos evidenciadores de la equivocación del juzgador.

Como es sabido, esta Sala viene exigiendo para que prospere ese motivo de casación (art. 849.2º LECr .), centrado en el error de hecho, que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, por más que estén documentadas. Y, además, también se requiere que el documento evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente o autosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones. A lo que ha de sumarse que no se halle en contradicción con lo acreditado por otras pruebas y que los datos que proporciona el documento tengan relevancia para la causa por su capacidad modificativa de alguno de los pronunciamientos del fallo de la sentencia recurrida (SSTS de 1653/2002, de 14-10 ; 892/2008, de 26-12 ; 89/2009, de 5-2 ; 109/2011, de 22-9 ; y 207/2012, de 12-3 , entre otras).

En este caso la parte recurrente cita como documentos que verifican el error los siguientes: dos atestados policiales elaborados por el Grupo de delincuencia económica de Zaragoza; las diligencias previas 1903/2009 del Juzgado de Instrucción nº 9 de la misma ciudad; las facturas telefónicas correspondientes a la compañía Orange correspondientes al teléfono NUM001 y al periodo comprendido desde febrero de 2008 a junio de 2009; el certificado emitido por la Dirección de Relaciones Institucionales y Coordinación de Correos, informando acerca de las transferencias realizadas por Western Union; la denuncia formulada por el delito de amenazas



www.civil-mercantil.com

por parte del acusado en la comisaría de la policía de Gijón; y el informe lofoscópico confeccionado por la Policía Científica de Aragón el día 27 de marzo de 2009.

Pues bien, ni los atestados policiales ni las denuncias tienen el carácter de documentos a los efectos del art. 849.2º de la LECr . Y lo mismo debe decirse del procedimiento en sí correspondiente a unas diligencias previas. Y en cuanto a las facturas telefónicas, el certificado de Correos y el informe lofoscópico no se especifica en qué aspectos concretos acreditan la versión exculpatoria de la defensa. Y desde luego no se trata de documentos que desvirtúen la sólida, concluyente y convincente prueba de cargo, que contradice de plano cualquier dato favorable que pretendiera obtener la defensa del acusado con respecto a los últimos documentos reseñados, que carecen de la autosuficiencia o literosuficiencia necesarias para evidenciar por sí mismos la tesis de la parte recurrente.

Así las cosas, el motivo resulta inviable.

Tercero.

1. En el tercer motivo aduce la defensa, al amparo del art. 849.1º de la LECr ., la aplicación indebida de los arts. 248.1 º y 250.1.5º del C. Penal , relativos a la estafa agravada por razón de la cuantía.

El argumento jurídico de la parte recurrente se centra en cuestionar que concurra un engaño bastante para defraudar al denunciante, incidiendo en que ha sido la falta de adopción de medidas de autoprotección de su patrimonio por parte de la víctima la que habría determinado la entrega del dinero y los perjuicios que de su propia falta de diligencia se derivaron.

2. Tal como hemos expuesto en resoluciones precedentes de este Tribunal, los elementos que estructuran el delito de estafa , a tenor de las pautas que marcan la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 220/2010, de 16-2 ; 752/2011, de 26-7 ; y 465/2012, de 1-6), son los siguientes: 1) La utilización de un engaño previsible y bastante , por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. 2) El engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción. 3) Debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo, debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero. 4) La conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro . 5) De ella



www.civil-mercantil.com

tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal o naturalístico) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo (relación de riesgo o segundo juicio de imputación objetiva).

En este caso el requisito cuya concurrencia cuestiona de forma reiterada el recurrente, según ya se anticipó, es el relativo al engaño bastante, extremo que considera que no concurre en el supuesto enjuiciado.

Como tiene dicho esta Sala, en el delito de estafa se requiere la utilización de un engaño previo bastante, por parte del autor del delito, para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto. De manera que la idoneidad en abstracto de una determinada maquinación sea completada con la suficiencia en el caso concreto en atención a las características personales de la víctima y del autor, y a las circunstancias que rodean al hecho. Además, el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, hasta el punto de que acabe determinando un acto de disposición en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero (STS 288/2010, de 16-3).

Es preciso, por lo tanto, valorar la idoneidad objetiva de la maniobra engañosa y relacionarla en el caso concreto con la estructura mental de la víctima y con las circunstancias en las que el hecho se desarrolla. El engaño, según la jurisprudencia, no puede considerarse bastante cuando la persona que ha sido engañada podía haber evitado fácilmente el error cumpliendo con las obligaciones que su profesión o su situación específica en el contexto social le imponían. Si el sujeto de la disposición patrimonial tiene la posibilidad de despejar su error de una manera simple y normal en los usos profesionales o sociales, no será de apreciar un engaño bastante en el sentido del tipo del art. 248 CP, pues en esos casos, al no haber adoptado las medidas de diligencia y autoprotección a las que venía obligado por su profesión o por su situación previa al negocio jurídico, no puede establecerse con claridad si el desplazamiento patrimonial se debió exclusivamente al error generado por el engaño o a la negligencia de quien, en función de las circunstancias del caso, debió efectuar determinadas comprobaciones, de acuerdo con las reglas normales de actuación para casos similares, y omitió hacerlo (SSTS 1013/1999, de 22-6; 980/2001, de 30-5; STS 686/2002, de 19-4; 2168/2002, de 23-12; 621/2003, de 6-5; 113/2004, de 5-2; 278/2010, de 15-3; y 752/2011, de 26-7).



La STS 928/2005, de 11 de julio , subraya que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto, y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño. Y en la sentencia 1024/2007, de 30 de noviembre , se afirma que es comprensible que la jurisprudencia de esta Sala, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa.

Con respecto al ámbito concreto de la imputación objetiva, en la sentencia 900/2006, de 22 de septiembre , se argumenta que en el delito de estafa no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en una plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado. Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva -prosigue la sentencia- parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto que, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que este sea la realización del mismo peligro creado por la acción y, en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

Destaca la doctrina, y así se recuerda en la STS 900/2006 , que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credulidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error y a la imputación de la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.



3. En el caso concreto la defensa alega que el denunciante fue engañado mediante el timo de los "billetes o papeles tintados", un timo que no sería idóneo para defraudar a una persona con las circunstancias personales del acusado, pues no presenta una edad avanzada ni ninguna disminución, y además se trata de una persona con cierto nivel cultural y económico, que debiera saber que con unos papeles en blanco y una botella con un producto químico no podrían obtenerse billetes de 50 euros asimilables a los de curso legal. Sostiene la defensa que con poca diligencia que hubiera aplicado en la tutela de su patrimonio habría evitado entregar durante meses importantes cantidades de dinero.

Del examen de la sentencia y de la causa se colige que el procedimiento utilizado por el acusado y los colaboradores que le precedieron en la preparación del engaño se centró en aparentar la utilización de un procedimiento químico para obtener billetes de 50 euros a partir de los auténticos, consiguiendo engañar al acusado mediante el cambio de los billetes aprovechándose de la distracción de la víctima; de forma que, sin que este pudiera apercibirse con facilidad, sustitúan o cambiaban habilidosamente el paquete de los billetes auténticos por otro con recortes de papel, haciéndole creer que el producto químico convertiría en su momento los papeles en blanco en los billetes auténticos con los que, aparentemente, se hallaban entremezclados.

Entiende la parte recurrente que el engaño generado por esa escenificación no es el engaño típico de la estafa porque no genera el riesgo propio del tipo penal para producir el desplazamiento patrimonial que derivó en el perjuicio de la víctima. Considera, pues, que no ha sido el empleo del engaño típico el que generó el riesgo del desplazamiento patrimonial sino la falta de protección de su patrimonio por parte de la víctima.

Pues bien, frente a lo que alega la defensa del recurrente debe comenzarse advirtiendo que ha sido el acusado y sus colaboradores quienes engañaron al querellante, acudiendo para ello a su especial habilidad en el manejo de los billetes a la hora de realizar el cambio del paquete en que había billetes auténticos por otro en los que solo se encontraban recortes de papel (la sentencia utiliza la expresión de "dar el cambiazo"). De modo que no puede hablarse en este caso de un engaño burdo, grosero o esperpéntico del que cualquier persona se hubiera apercibido con una mínima diligencia, sino de una manipulación de paquetes aprovechando la distracción de la víctima y valiéndose al mismo tiempo los autores de su indudable destreza. A ello ha de sumarse el señuelo de fondo centrado en la posibilidad de que mediante la aplicación de un líquido los papeles en blanco entremezclados con los billetes acabarían equiparándose a estos.



Tampoco puede estimarse como algo quimérico o fantástico que el uso de productos químicos permita falsificar billetes. Por lo cual, no cabe entender que una creencia de esa índole suponga una credulidad de la víctima patológica o fuera de toda normalidad, que permita hablar más de la autorresponsabilidad o negligencia temeraria del engañado que de la habilidad del engañador en la forma de aparentar la falsificación de los billetes.

Tal conclusión aparece corroborada por el dato objetivo del número de timos que se cometen por este procedimiento de "los billetes tintados". Y así lo constatan los diferentes casos que ha venido resolviendo esta Sala sobre supuestos prácticamente iguales al enjuiciado y en los que se cuestionaba también la generación de un riesgo propio del tipo penal de la estafa debido a la falta de entidad del engaño, pretendiendo justificar el perjuicio de la víctima con el argumento de su propia autorresponsabilidad o falta de autotutela.

A este respecto, procede citar las sentencias condenatorias que han sido confirmadas por esta Sala al estimar que concurre el riesgo del tipo penal generado por un engaño idóneo y bastante al operar con esa clase de timos de los "billetes tintados". Entre otras: SSTS 479/2008, de 16 de julio ; 476/2009, de 7 de mayo ; 270/2010, de 26 de marzo ; 100/2011, de 22 de febrero ; 500/2011, de 16 de mayo ; y 792/2012, de 11 de octubre .

Por lo demás, la capacidad de persuasión del acusado y sus colaboradores, así como la habilidad y destreza para engañar al denunciante, quedan corroboradas por la extensión en el tiempo de la conducta defraudatoria, que desde luego siempre ha de contar con cierto grado de credulidad del sujeto pasivo, única forma de que esa clase de comportamientos delictivos alcancen sus objetivos. Credulidad que no ha de conllevar, como pretende la defensa, el desplazamiento de la responsabilidad en la causación del perjuicio a la propia víctima, pues el riesgo ilícito fue generado por el acusado y no cabe calificarlo de absolutamente inidóneo para el fin fraudulento que se había propuesto, sin que la reacción o respuesta de la víctima pueda considerarse tampoco temerariamente negligente y carente de toda explicación a tenor de las circunstancias del caso.

El riesgo que generó el acusado era un riesgo no permitido ni tolerado por la norma. Y, a tenor de lo anteriormente expuesto, tampoco se trata de un riesgo tan insignificante por su contenido y relevancia que no pudiera generar el error en las víctimas. Pues, aun siendo cierto que no se trata de un ardid que pueda engañar a cualquier ciudadano, sino más bien a aquel sector de la población que alcanza un determinado grado de credulidad, ello no significa que ese espectro de la ciudadanía quede desprotegido por la norma penal ante una conducta reprochable que genera un riesgo ilícito para el patrimonio.



El baremo objetivo-subjetivo que sigue la jurisprudencia para apreciar el requisito del engaño bastante, algunas de cuyas resoluciones han sido citadas supra , impide considerar atípicas esta clase de conductas operando con el principio de autorresponsabilidad de la víctima o con su obligación de autotutela. Dado lo cual, ha de descartarse la infracción de ley que postula la defensa.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

Cuarto.

En el cuarto motivo alega el recurrente, con apoyo procesal en el art. 849.1º de la LECr ., la infracción del art. 28 del C. Penal , por haber sido considerado autor del delito de estafa y vulnerar así el referido precepto.

La defensa se limita en este caso a argumentar que los auténticos autores del engaño fueron los conocidos por " Cachas " y " Chato ", quienes no han sido siquiera identificados, sin que en la causa consten datos probatorios que permitan vincular con ellos la conducta del acusado, por lo que no cabe afirmar, a su entender, la connivencia entre ellos y que el acusado interviniera en la conducta previa de ambos y se aprovechara de ella para defraudar al querellante.

La alegación del impugnante contradice los hechos declarados probados y la convicción probatoria del Tribunal de instancia, en el sentido de que todos ellos actuaron de forma concertada, siendo el ahora acusado el sujeto que mandaba el grupo, daba las órdenes y dirigía desde fuera la primera parte de la operación, entrando en escena para ejecutar el grueso de las operaciones defraudatorias una vez que los dos desconocidos le prepararon el terreno. Tal es lo que declara como cierto la Sala de instancia, por lo que no parece procesalmente correcto cuestionar ese resultado probatorio por la vía del art. 849.1º de la LECr .

De todas formas, y aun dando por válido el cauce procesal utilizado, lo cierto es que las inferencias de la Audiencia resultan razonables, lógicas y coherentes con los datos objetivos que figuran en la causa. Pues, si al poco tiempo de desaparecer de la escena sin dejar rastro los dos autores desconocidos, conectó con la víctima el acusado para completar la falsificación de billetes que habían iniciado aquellos, las máximas más elementales de la experiencia solo permiten inferir que el recurrente, que entró en contacto con el denunciante transcurrido escaso tiempo de la marcha de " Cachas " y " Chato ", actuaba de acuerdo con ellos. Pues resulta inexplicable y carente de todo fundamento racional que de repente aparezca el acusado a culminar la labor de los otros dos sin que previamente estuviera en connivencia con



www.civil-mercantil.com

ellos. Tal posibilidad resulta inverosímil e inasumible por cualquier Tribunal que acomode su argumentación a la lógica de lo razonable.

Así pues, y ratificando los razonamientos que se plasmaron en su momento para considerar enervada la presunción de inocencia, ha de rechazarse este motivo de impugnación.

Quinto.

Por último, y también por la vía de la infracción de ley (art. 849.1º LECr .), se invoca en el motivo quinto del recurso la vulneración del art. 114 del C. Penal .

La tesis de la defensa es que, como el querellante contribuyó con su conducta en la generación de su propio perjuicio, debe aplicarse el principio de compensación de culpas y reducir la indemnización que se le asignó, toda vez que su propia indolencia y relajación habrían resultado relevantes en la determinación del resultado delictivo.

Para excluir la pretensión del acusado es suficiente con remitirnos al fundamento cuarto de la sentencia, en donde se argumentó holgadamente sobre el riesgo ilícito doloso generado por el acusado para el patrimonio del querellante y la irrelevancia de la conducta de este a la hora de amortiguar el grado de ilicitud atribuible al autor del comportamiento delictivo.

Ha de desestimarse por tanto también este último motivo del recurso.

Sexto.

En consonancia con lo razonado en los apartados precedentes, se desestima el recurso de casación, imponiéndole a la parte recurrente las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr .).

III. FALLO

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de Florian contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Sexta, de fecha 18 de diciembre de 2012 , dictada en la causa seguida por un delito de estafa agravada por razón de la cuantía, y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Carlos Granados Perez Julian Sanchez Melgar Jose Manuel Maza Martin Francisco Monterde Ferrer Alberto Jorge Barreiro



www.civil-mercantil.com

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Alberto Jorge Barreiro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

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