



Roj: **STS 5992/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5992**

Id Cendoj: **28079120012013100976**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/12/2013**

Nº de Recurso: **169/2013**

Nº de Resolución: **934/2013**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 169/2013, interpuesto por la representación procesal de **D. Fabio y D^a Eva**, contra la sentencia dictada el 11 de Octubre de 2012, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el Rollo de Sala Nº 26/2011, correspondiente a las Diligencia Previa nº 403/2009, del Juzgado de Instrucción nº 2 de los de Cádiz, que condenó a los recurrente, como autores responsables de un delito de **estafa**, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes D. Fabio y D^a Eva, y como parte recurrida D^a Laura y D^a Mariola representadas por la Procuradora D^a Yolanda Jiménez Alonso, y D^a Zaira y D. Justiniano, representado por la Procuradora D^a Virginia Lobo Ruíz; habiendo intervenido el Excmo. Sr. Fiscal, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Cádiz, incoó Diligencias Previas con el nº 403/2009, en cuya causa la Sección Primera.. de la Audiencia Provincial de Cádiz, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 11 de Octubre de 2012, que contenía el siguiente **Fallo**: "*Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Eva y Fabio a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y ONCE MESES multa con una cuota diaria de 6 euros con arresto sustitutorio en caso de impago.*

Fabio deberá indemnizar a Verónica en la suma de 7.000 euros, a Rodolfo y Jose Antonio en la de 9.000 euros y a Jose Antonio en la cantidad de otros 9.000 euros.

Eva y Fabio, indemnizarán conjunta y solidariamente a Esther en 22.170 euros; a Irene en 18.000 euros; a Armando en 8.500 euros; a Blas en 2.000 euros; a Conrado y Micaela en 9.500 euros y otros 869 euros; a Raquel en 2.000 euros; a Segismundo en 7.000 euros; a Flora en 8.200 euros; a Laura en 6.000 euros; a Mariola en 6.000 euros; a Justiniano en 10.000 euros; a Montserrat en 8.800 euros; a Jesús Carlos en 8.500 euros; a Ángel Daniel en 8.000 euros; a Rosaura y a Alexis en 12.000 euros; a Zaira en 8.500 euros; a Julia en 7.500 euros y a Benito en 8.800 euros; cantidades que devengarán los intereses legales.

Se reservan expresamente las acciones civiles al Banco de Santander.

Se impone a ambos acusados el pago de las costas del proceso incuidas la devengadas por la acusación particular".

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "*Contando Fabio, mayor de edad y sin antecedentes penales, con un piso en Chiclana de la Frontera, Finca NUM000, DIRECCION000 NUM001, propiedad al 50 % con se ex esposa Leonor, con Hipoteca en el Banco Santander Consumer Finance, S.A. constituida el 19 de abril de 2007 por 217.000 € a 42 años, procedió a anunciar por internet y en la Inmobiliaria Skiline Real Estate de Conil su venta, sin tener conocimiento de estos hechos por parte de Leonor.*



Como quiera que el anuncio era muy ventajoso, ya que el precio ofertado era notablemente inferior al del mercado, pronto aparecieron clientes dispuestos a la compra.

Así, la propia agencia Skiline Real Estate, concertó la venta a Verónica por 105.000 €, quien pretendía residir en dicho inmueble, entregando unas arras de 7.000 € y con el compromiso de elevar a escritura pública la venta entre el 1 y 10 de marzo de 2009, manifestando que la finca era de dominio exclusivo del acusado Fabio y que estaba libre de cargas.

Con esta venta ya realizada, el acusado con intención de causar un perjuicio patrimonial y con la misma dinámica comisiva de aparentar ser el único dueño y que la finca estaba libre de cargas, ofertando un precio muy inferior incluso a la hipoteca que tenía constituida de 217.000 €, realizó nuevo contrato de venta el 7 de febrero de 2009, a favor de Rodolfo y Jose Antonio, que le entregaron como señal y parte de pago 9.000 €, de los que se apropió.

Así mismo, en enero de 2009, concertó contrato de compraventa con Jose Antonio, con las características antes citadas, inmueble titularidad del acusado y libre de cargas, entregando arras por importe de 9.000 €, de los que se apropió Fabio.

Junto a estos contratos realizados, llevó a cabo negociaciones que estaban muy avanzadas, pero que se vieron frustradas al conocerse por medio de la prensa la posible actividad fraudulenta que estaba realizando. Así Simón, Carlos José y Juan Luis, a los cuales les urgíó a celebrar contrato y entrega de diversas cantidades como arras, no consiguiendo su propósito defraudatorio.

Por su parte, Eva, mayor de edad y sin antecedentes penales, en concierto y siguiendo su plan preconcebido con Fabio, que actuaba de corredor y poseedora de varios pisos en Cádiz, todos ellos hipotecados, con ánimo de causar un perjuicio a terceros, procedió a concertar contratos privados de venta a un precio muy inferior al de mercado y ocultando los gravámenes que pesaban sobre las fincas, consiguiendo de este modo, que le entregaran cantidades como arras o adelanto de precio, de las que se apropió, y sin que nunca tuviera intención de transmitir la propiedad.

Así sobre la Finca NUM002 de la C/ DIRECCION001 NUM003 - NUM004 de Cádiz, propiedad al 50 % de Eva y el otro 50 % de su hermano Bartolomé, con Hipoteca en el Banco de Santander Consumer Finance, S.A., concertada el 12/07/2005 por 114.660 €, ofertando la finca como libre de cargas y a un precio muy inferior al de mercado, realizó los siguientes contratos de compraventa privados:

- Con fecha 27 de mayo de 2008 con Esther, quien con el fin de residir en su día en dicho inmueble una vez lo reformara, pagó 12.000 € como arras, que no le han sido devueltas, rescindiendo un contrato de compra anterior de otra vivienda, por el que tuvo que pagar 10.170,57 € como cláusula penal.
- Con fecha 25 de octubre de 2008 con Irene, que paga 18.000 €, que pese a llegar a un acuerdo con Eva para rescindir el contrato el 5 de enero de 2009, esta no le devuelve cantidad alguna.
- Con fecha 14 de enero de 2009 con Armando, que paga 8.500 €, de los que se ha apropiado la acusada.
- Con fecha 29 de septiembre de 2008 con Blas, que entregó 2.000 €.
- Firmó contrato en el que no consta fecha con Conrado y Micaela, que pretendían vivir en el inmueble, que entregaron 9.500 €, rescindiendo un contrato anterior de compraventa en San Fernando por el que tuvieron que pagar 869,69 € como cláusula penal.
- Firmó contrato sin que conste fecha con Raquel, quien pretendía igualmente residir en dicho inmueble una vez llevara a cabo obras de reforma, entregando 2.000 €, que reclama.

Sobre la Finca NUM005 de la C/ DIRECCION002 nº NUM003 NUM006 NUM007 de Cádiz, propiedad de Eva, con hipoteca en Caja de Ahorros de Salamanca y Soria constituida el 13/12/2007, por 288.000 €, ofertándola a precios inferiores al mercado y como libre de cargas, realizó las siguientes ventas:

- Por contrato sin fecha vendió a Segismundo, que desembolsó 7.000 €, que no ha recuperado.
- Por contrato de 28 de febrero de 2009 con Flora que entregó 8.200 €.
- Por contrato de 7 de agosto de 2008 con Laura que entregó 12.000 € que no ha recuperado.
- Por contrato de 10 de octubre de 2008 con Justiniano que entregó 10.000 € que reclama.
- Vicente, estuvo en tratos y debía entregar 8.000 €, pero no llegó a firmar nada al enterarse de los problemas de los acusados por la prensa.

Sobre la Finca NUM008 de la C/ DIRECCION003 NUM009 . NUM010 NUM007 de Cádiz, propiedad de Eva con hipoteca en el Banco Santander, constituida el 7/07/2007 por 189.609,98 €. Y Embargo de Casa 99, S.L., utilizando el mismo sistema que las anteriores, realizó las siguientes ventas:



- Por contrato de 28 de diciembre de 2008 con Montserrat , que desembolsó 8.000 €, que reclama.
- Por contrato sin fecha con Jesús Carlos , entregando la cantidad de 8.500 € que reclama.
- Por contrato de octubre de 2008 con Ángel Daniel , entregando 8.000 € que reclama.
- Por contrato de 12 de julio de 2008 con Rosaura y Alexis , entregando 12.000 € que reclaman.

Sobre la Finca NUM011 de la C/ DIRECCION003 NUM009 , NUM006 de Cádiz, propiedad de Eva , con hipoteca en el Banco Santander, constituida el 7/07/2007 por 189.394,02 € y un Embargo a favor de Casa 99, S.L., realizó las siguientes ventas:

- Por contrato de 7 de agosto de 2008 con Herminia , que pretendía vivir en la vivienda, que le entrega 9.000 €, consiguiendo con posterioridad la devolución del importe pagado.
- Por contrato de 24 de octubre de 2008 con Julia , que entregó 7.500 € y reclama.
- Por contrato de 24 de febrero de 2009 con Zaira que entregó 8.500 €, que reclama.
- Por contrato sin fecha con Benito que entregó 8.800 €, que reclama."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados D. Fabio , y D^a Eva , anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de 3 de Enero de 2012, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 28 de Enero de 2013, la Procuradora D^a Teresa Castro Rodríguez, en representación de D^a Eva , y el 30 de Enero de 2013, la Procuradora D^{ña}. Teresa García Aparicio, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes motivos:

D. Fabio

Primero.- Por error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art 849.2 LECr .

Segundo.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr , por predeterminación del fallo.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1 LECr , por denegación de prueba.

Cuarto.- Por infracción de ley , al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art 24 CE ., habiéndose producido indefensión, por denegación de la prueba..

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los arts 10 , 24.1 y 24.2 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a no causar indefensión, a la legalidad, a un proceso con todas las garantías, y al principio *pro reo* .

Sexto.- Por infracción de ley , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del art 248. CP .

Séptimo.- Por infracción de ley , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del art. 704 LECr , 366 LEC y apartado 3 del art 6 del CEDH .

D^{ña}. Eva

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los arts. 120.3 , 24.1 y 24.2 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y a la tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los arts. 120.3 , 24.1 y 24.2 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los art 24.2 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al aplicar el subtipo agravado de vivienda, del art 250.1.1º CP .

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los art 24.1 CE , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de la sentencia (art. 120.3 CE); por vulneración del principio de igualdad (art 14 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art 9.3 CE), en relación con el art 142 LECr .

Quinto .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE), por falta de motivación (art 120.3 CE), y por vulneración del principio acusatorio (art 24.2 CE), en relación con el art. 74.2 CP .

Sexto.- Por infracción de ley , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del art 74.2 CP .



Séptimo.- Por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del tipo de estafa agravada, previsto en el art 250.1.1º CP , en lugar del art 251 CP .

5.- La parte recurrida, representada por la Procuradora D^a Yolanda Jiménez Alonso, por medio de escrito con fecha de entrada en este Tribunal Supremo de 9 de Abril de 2013, así como el Ministerio **Fiscal** por medio de escrito fechado el 15 de Abril de 2013, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

6.- Por providencia de 8 de Noviembre de 2013, se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **3 de Diciembre de 2013** , en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE D. Fabio

PRIMERO.- El *segundo* motivo ,que trataremos con la preferencia que se deriva de los arts 901 bis a) y bis b), se articula **por quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 851.1 LECr , por predeterminación del fallo.

1. El recurrente indica que los hechos probados narran que: "*Así la propia agencia Skiline Real State, concertó la venta a Verónica por 105.000 euros, quien pretendía residir en dicho inmueble, entregando unas arras de 7.000 euros, y con el compromiso de elevar a escritura pública la venta entre el 1 y 10 de marzo de 2009, manifestando que la finca era de dominio exclusivo del acusado Fabio y que estaba libre de cargas*". Por ello, dado que de la propia testifical de Dña. Verónica se desprende que conocía la nota simple del referenciado inmueble, existe predeterminación del fallo, al omitir la sala tal detalle en los hechos probados. Y, concretamente, el recurrente señala: a) El párrafo tercero de los hechos probados, y añade que es concepto determinante del fallo la omisión de otro hecho que quiere añadir, afirmando que lo dijo la perjudicada; b) también dice que es determinante del fallo la expresión "*que se apropió*" referida las cantidades de dinero entregadas como arras; y c) finalmente, considera determinante la expresión empleada en los Fundamentos de Derecho "*esta apariencia conducía a un engaño bastante y suficiente*".

2. Por lo que se refiere a a la predeterminación del fallo, tiene establecido numerosa jurisprudencia de esta Sala (Cfr SSTS 7-3- 2013, nº 194/2013 ; núm. 667/2000, de 12-4 ; 1121/2003, de 10-9 ; 401/2006, de 10-4 ; 755/2008, de 26-11 ; 131/2009, de 12-2 ; 381/2009, de 14-4 ; y 449/2012 , de 30-5, entre otras muchas), que la predeterminación que se contempla y proscribire en el art. 851.1º de la LECr . es aquella que se produce exclusivamente por **conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la esencia del tipo penal aplicado** , exigiéndose para su apreciación: a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado; b) que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común o coloquial; c) que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo; y d) que, suprimidos tales conceptos jurídicos, quede el hecho histórico sin base alguna y carente de significado .

De otra parte, también se ha argumentado de forma reiterada por este Tribunal de Casación (Cfr. SSTS 429/2003 de 21-3 ; 249/204, de 26-2; 280/2004, de 8-3 ; 409/2004, de 24-3 ; 893/2005, de 6-7 ; 755/2008, de 26-11), que no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos determinantes cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues esta es precisamente la finalidad de la premisa menor del silogismo de la sentencia cuando la conclusión es un fallo condenatorio (SSTS 152/2006, de 1-2 ; y 755/2008, de 26-11). Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que determinar el fallo, pues el "*factum*" en cuanto integra la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógico que la predetermine, salvo manifiesta incongruencia, de ahí que deba relativizarse la vigencia de este vicio .

3. Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, diremos: A) Que la predeterminación solo puede predicarse de expresiones realmente empleadas en los hechos probados, no de omisiones en los mismos; B) Que la palabra *apropiarse* es un término común que todo el mundo entiende, no una expresión técnico jurídica al alcance solo de los juristas, y que además no forma parte del tipo de la estafa; y C) Que las expresiones deben encontrarse necesariamente en los hechos probados, y no en los Fundamentos de Derecho, donde es lógico que se empleen al calificar la conducta enjuiciada.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El *tercero* de los motivos se funda también en **quebrantamiento de forma**, al amparo del art. 850.1 LECr , por *denegación de prueba* .



1. El recurrente precisa que propuso en su escrito de defensa, como *documental*, que se oficiara a la entidad **Hotmail.Windows Live** (Soporte **Microsoft** España 91 270 24 00 Fax: 91 270 23 98 91 270 24 00) para que indicara quién es el titular o usuario de los **correos** electrónicos: - *DIRECCION004* ; - *DIRECCION005* ; - *DIRECCION006* .y para que certificara: Si el día miércoles 17 de diciembre de 2008, a las 11:16:34 se envió **correo** electrónico desde el usuario; - *DIRECCION004* , a *DIRECCION005* , y de cuenta de su contenido. Y si el día miércoles 4 de febrero de 2009, a las 22:36:40 se envió **correo** electrónico desde el usuario; - *DIRECCION006* . a *DIRECCION004* ., y diera cuenta de su contenido.

Con ello se hubiera evidenciado que el contrato de arras celebrado entre el acusado y su cliente estipulaba otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa y entregar el resto del dinero a partir del 1 de mayo de 2009. Y por medio del email que contiene copia del burofax ,se manifiesta la intención de rescindir el contrato objeto de la litis, solicitando el recurrente el número de cuenta a Dña. Verónica al objeto de reintegrarle las cantidades entregadas en concepto de señal. Con ello se descarta la utilización del engaño para producir error en Dña. Verónica .

Y los emails intercambiados con D. Jose Antonio , reflejan el total conocimiento por esta parte respecto de la situación de la vivienda y su titularidad, y tanto de la nota simple de la vivienda objeto de compraventa ,como de la existencia de sentencia de divorcio entre el acusado y su ex esposa Dña. Leonor .

2. Esta Sala (Cfr STS 10-11-2009, nº 1100/2009), ha recordado que el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos . En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, viene reconocido expresamente y de modo singularizado en el artículo 24 de la Constitución . La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECr . Consiguientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los *medios de prueba "pertinentes"* , de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECr art.659 , art.785.1). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC núm. 70/2002, de 3 de abril).

Por ello, el motivo sólo podrá prosperar cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo ; 357/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero ; 37/2000, de 14 de febrero).

Decíamos en nuestra STS de 20-2-2013, nº 126/2013 que el derecho a utilizar medios de prueba tiene rango constitucional en nuestro derecho al venir consagrado en el artículo 24 de la Constitución , pero *no es un derecho absoluto* . Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785 de la LECrim .). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC num. 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, y cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo ; 357/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de febrero y 37/2000, de 14 de febrero).

La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de *requisitos, formales* y materiales, para que este motivo pueda prosperar. Entre los primeros, las pruebas han de ser propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del Tribunal, que debe ser fundada, rechazando las que no considere pertinentes, o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta y las preguntas que pretendía formular al testigo.

Como *requisitos materiales* , la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser lícita, es decir respetuosa con los derechos y libertades fundamentales; ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, porque tenía capacidad de afectar al fallo



(STS num. 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica. (STS 344/2004 de 12 de marzo).

3. *En el caso* , la prueba de cuya denegación se queja el recurrente, ha sido propuesta en su escrito de conclusiones provisionales y consta a los folios 1583 y 1584 de la causa. Hay que añadir que el mismo recurrente señala en el escrito quiénes son los titulares de las cuentas de **correo** y *aporta copia y contenido* de los **correos** que reclama, como consta en los documentos que adjunta a la contestación: a los folios 1586 y siguientes (respecto a D.^a Verónica), y a los folios 1595 y siguientes (respecto a D. Jose Antonio). Por lo que la *única utilidad* de la prueba en su momento propuesta y de cuya denegación ahora se queja, es *adverar* los documentos e información que aporta, no obtener los ignorados contenidos de unos e- Mails.

Esta prueba no fue denegada sino admitida, como resulta del auto de 14 de septiembre de 2011 (folios 11 y 12 del Rollo de Sala) en que se declaran pertinentes todas las pruebas propuestas. A los folios 82 y siguientes consta que se libró el requerimiento que se interesaba. La contestación de **Microsoft** sobre la forma en que deben pedirse los datos (por estar contenidos en servidores en Estados Unidos y sujetos a las leyes de dicho país) consta a los folios 207-208 del rollo de Sala. Dado traslado de la contestación, el recurrente interesó que se hiciera la petición oportuna y a continuación se librara la **comisión rogatoria** necesaria para obtener el contenido de esos **correos** electrónicos (folio 268 del Rollo). Sin necesidad de ser prolijos, diremos que se realiza la petición (f. 272), consta la contestación (folios 335 ss con un CD con el contenido), así como los datos del CD a los folios 272 y siguientes. En esta transcripción del contenido del CD, figuran los nombres que dieron los que abrieron las cuentas (Fabio , Verónica , y Jose Antonio , sin otros datos de identificación y claramente insuficientes para acreditar de forma estricta identidad), así como listados de **correos**, entre los que no hay ninguno de las fechas que se interesaban en la diligencia.

Mediante auto de 13 de febrero de 2012 (folios 396-7 del Rollo) se acuerda *no librar* la **comisión rogatoria** . Este auto es recurrido por la representación de D. Fabio (ff. 410-412), el recurso fue informado desfavorablemente por el Fiscal (f. 426) y finalmente desestimado en auto de 15-3-12 (ff. 430-431), precisando que se *trataba de* " prueba compleja en extensión, implicando una clara dilación".

En este caso, por tanto, la prueba fue admitida, se intentó practicar y finalmente se *denegó* la realización de parte de ella (las **comisiones** rogatorias a Estados Unidos), *porque* la información había sido solicitada y se recibió contestación. Pero es que se trata de solicitar unos documentos que no solo estaban en poder del recurrente sino que *los aportó* a la causa, por lo que constaban en ella. Como ya hemos dicho la *única utilidad* de las **comisiones** rogatorias sería corroborar el contenido de los e- Mails para la eventualidad de que su contenido fuese negado. No consta que hayan sido negados, y lo que sí consta en los listados aportados es que no hay entradas de las fechas que se interesan, por lo que era *previsible que la comisión rogatoria no consiguiese su propósito* .

La existencia en la causa de los documentos que se interesaban, sin que conste hayan sido impugnados, hace que la prueba solicitada sea *innecesaria* , ya que el recurrente no puede quejarse de inexistencia de prueba sino de que se haya valorado de una forma que no era la que él deseaba, lo que no es constitutivo del quebrantamiento de forma que se denuncia.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- *El cuarto* motivo alega **infracción de ley** , al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por infracción del art 2 4 CE . , habiéndose producido indefensión, por denegación de la prueba.

1. Señala el recurrente que el motivo trae causa del anterior, teniendo en cuenta la indefensión provocada por el tribunal ante la denegación de la prueba dicha.

2. La STC 121/2009, 18 de mayo , recuerda que, en los supuestos de denegación de la prueba solicitada, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una *indefensión material para la parte* , lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución ... carga de la argumentación (que) se traduce en la *doblexigencia* de que el demandante de amparo acredite, tanto *la relación* entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría *haberle sido favorable* de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la *trascendencia* que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la *decisión final* del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente *ab initio* , sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado,



el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre , FJ 2)" (STC 258/2007, de 18 de diciembre , FJ 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c ; 152/2007, de 18 de junio , FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

3. El motivo es evidente que consiste en una reproducción del anterior, ahora desde el prisma constitucional. Como ya vimos, en nuestro caso no se dan los requisitos exigidos para entender producida indefensión alguna, y por ello, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- *El quinto* motivo se configura por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , en relación con los arts 10 , 24.1 y 24.2 CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, a no causar indefensión, a la legalidad, a un proceso con todas las garantías, y al principio *pro reo* .

1. Se alega que no existe concordancia entre lo declarado por parte de los perjudicados y lo reflejado en la sentencia, ya que muchos de ellos declararon estar en posesión de la nota simple. Y no se puede justificar la denegación de la prueba en dilaciones indebidas, ya que si se produjeron fueron por estar inmersos varios letrados en otros procedimientos, tan complejos como el "caso Malaya", por lo que se refiere al abogado del recurrente.

2. Ante lo dicho, habremos de reproducir lo ya explicado en relación con los *dos motivos anteriores* , rechazando el quebrantamiento de los derechos fundamentales invocados. Sólo recordaremos en cuanto a la *presunción de inocencia* que el motivo viene a suponer combatir el fallo por entender que los hechos no están probados, por no ser consecuencia de una actividad probatoria mínima y suficiente, *razonablemente de cargo* y revestida con todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen (STS 12-2-92); o como ha declarado el TC (S.44/89, de 20 de febrero) "por faltar una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías, practicada en el juicio para hacer posible la contradicción y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales". De modo que una vez acreditada la existencia de tal probanza, su valoración es ya competencia del Tribunal sentenciador (STS 21-6-98), conforme al art. 741 de la LECr , no correspondiendo al Tribunal de Casación revisar la valoración efectuada en la instancia en conciencia (STC.126/86 de 22 de octubre y 25/03, de 10 de febrero). Por tanto, desde la perspectiva constitucional, el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 LECr , implica que los distintos medios de prueba han de ser apreciados básicamente por los órganos judiciales, a quienes compete la misión exclusiva de valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación de los fallos contenidos en sus Sentencias.

3. La referencia al principio *in dubio pro reo* , ha de considerarse igualmente inapropiada, ya que tiene sentado esta Sala (Cfr.STS de 03-10-2001 , de 27-02-2004 , o de 20-12-2004, nº 1543/2004), que, en la casación, solo cabe examinar la aplicación del principio *in dubio pro reo* cuando dentro de la sentencia impugnada se refleje alguna duda sobre la existencia de los hechos constitutivos de la infracción que se sanciona. Y es claro que el tribunal de instancia en ningún momento manifestó tener dudas sobre la participación en los hechos de la hoy recurrente.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO. - *El primer* motivo **se configura por error de hecho en la apreciación de la prueba**, al amparo del art 849.2 LECr .

1. Para el recurrente son demostrativos del error sufrido por la sala de instancia:

1º) El contrato de compraventa suscrito con Dña. Verónica , en el que ambas partes concurren libremente, habiéndole efectuado el ahora recurrente exhibición y entrega de la nota simple -revisada por el hermano de Dña. Verónica , letrado en ejercicio- que evidenciaba las cargas hipotecarias (una alta carga hipotecaria y la hipoteca puente) que pesaban sobre la finca registral NUM000 . Lo cual fue reconocido por aquélla y por su hermano cuando depusieron en el Plenario. Por lo que no habría más que una cuestión meramente civil de incumplimiento contractual, o un delito de apropiación indebida, pero no de estafa.

2º) El contrato de compraventa de fecha 7-2-2009, suscrito con D. Jose Antonio y D. Rodolfo con el recurrente, donde los compradores conocían -como atestiguan- la nota simple y la sentencia de divorcio, en virtud de la cual la vivienda no era privativa del último, no existiendo, por tanto ,engaño suficiente, ni estafa, ni connivencia con la Sra. Eva y encajando los hechos en la apropiación indebida.

3º) El resto de los contratos que son suscritos por Dña. Eva y los demás compradores, donde el recurrente fue un mero testigo, limitándose a contar el dinero que hicieron entrega los compradores a la vendedora. Y habiéndose entregado a los compradores las notas simples, como corroboran los testigos Dña. Zaira , Dña.



Mariola , D. Armando , Dña. Esther , Dña. Julia y los padres de ésta. Igualmente, fue comunicado por burofax directamente por la Sra. Eva la resolución de los contratos de compraventa.

2. Debemos recordar, por ejemplo con la STS 27-6-2012, nº 569/2012 , que por la vía del art. 849.2 LECr . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECr . que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr .o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La sentencia de esta Sala 1850/2002 , indica en relación con el art. 849.2 LECr . que..."constituye una peculiaridad muy notoria en la construcción de nuestro recurso de casación penal: era la única norma procesal que permitía impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia mediante una fórmula que podemos calificar ahora como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), pues sólo podía aplicarse en supuestos muy concretos en que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la Audiencia Provincial la había desconocido y había redactado los hechos probados a espaldas de tal medio probatorio. Pero ello sólo era posible de forma singularmente restrictiva, pues únicamente cabía apreciar ese error del Tribunal de instancia cuando la prueba que lo acreditaba era documental, porque precisamente respecto de esta clase de prueba podía tener la intermediación judicial la misma relevancia en casación y en la instancia, ya que el examen del documento se hace en las propias actuaciones escritas lo mismo por la Audiencia Provincial que conoció del juicio oral que por esta sala del Tribunal Supremo al tramitar el recurso de casación.

Cuando una prueba documental acredita un determinado extremo y éste tiene relevancia en el proceso de forma tal que pueda alterar alguno de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, si además no hay contradicción con algún otro medio probatorio, este num. 2º del art. 849 LECr . obliga en casación a alterar los hechos probados de la resolución de la audiencia con la consecuencia jurídica correspondiente.

Esta era la única vía que existía en nuestro proceso penal para alterar los hechos probados fijados por la Audiencia Provincial tras la celebración de un juicio oral en instancia única, vía particularmente estrecha, que trataba de subsanar manifiestos errores de la sentencia recurrida a través de una fórmula que ahora encajaría, repetimos, en el art. 9.3 CE como un caso concreto de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y que actualmente aparece ampliada en una doble dirección:

a) Por lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ , que permite los recursos de casación cuando hay infracción de precepto constitucional, lo que ha permitido conocer en la casación penal de las denuncias por violación del derecho a la presunción de inocencia.

b) Por la doctrina de esta Sala que en los últimos años viene considerando como prueba documental, a los efectos de este art. 849.2º LECr . , a la pericial, para corregir apreciaciones arbitrarias hechas en la instancia cuando hay unos informes o dictámenes que no pueden dejar lugar a dudas sobre determinados extremos.

Centrándonos en el motivo de casación por error en la apreciación de la prueba, la doctrina de esta Sala, (Cfr. SSTS. 936/2006 de 10.10 y 778/2007 de 9.10), viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos:

1) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;

2) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, art. 741 LECr ;

4) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal



virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Por tanto -se dice en las STS 765/2001 de 19-7 - el motivo de casación alegado *no* permite una *nueva valoración de la prueba* documental en su conjunto sino que exclusivamente autoriza la *rectificación del relato* de hechos probados para incluir en él un hecho que el tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulta incuestionable del particular del documento designado, o *bien para excluir* de dicho relato unos hechos que el tribunal declaró probados erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa. Además, como se ha dicho, es preciso que sobre el particular cuestionado no existan otros elementos de prueba, ya que en esos casos, lo que estaría bajo discusión, sería la racionalidad del proceso valorativo por la vía de la presunción de inocencia en caso de sentencias condenatorias o de la interdicción de la arbitrariedad, en todo caso, aunque sus efectos de su estimación fueran distintos el referido vicio de error en la valoración probatoria presupone la autarquía demostrativa del documento que ha de serlo desde dos planos:

1º) El propiamente autárquico, lo que se ha venido denominando como *litosuficiente*, es decir que no precise de la adición de otras pruebas para evidenciar el error;

y 2º) que no resulte contradicho por otros elementos de prueba obrantes en la causa, como, siguiendo lo expresamente establecido en el precepto, viene también señalando una reiterada doctrina jurisprudencial.

Así la STS 1952/2002, de 26.11, recuerda que el error de hecho sólo puede prosperar cuando, a través de documentos denominado "litosuficientes" o "autosuficientes" se acredite de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba, siempre y cuando el supuesto *no resulte contradicho* por otros documentos o pruebas, porque la ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECr.

Asimismo, resulta esencial destacar la esencialidad del error y su trascendencia para la subsunción, como también de manera muy reiterada señala la Jurisprudencia de esta Sala (SSTS 26.2.2008 y 30.9.2005), por lo que no cabe la estimación de un motivo orientado en este sentido si se refiere la mutación a extremos accesorios o irrelevantes; lo que es consecuencia de la doctrina del Tribunal Constitucional en orden a la *irrelevancia de los errores secundarios* en la motivación, y así como señala la STC 44/87 de 9-4 "carecerá así de sentido la concesión de un amparo que se limitara a anular una parte de la motivación de la sentencia y mantuviera en su integridad el fallo. Pero también carecería de sentido anular totalmente una sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que órgano judicial dictara una nueva sentencia en la que confirmara el fallo, pero corrigiera posibles desaciertos en la redacción de su fundamentación. En igual sentido la STC 124/93 de 19.4 "los errores cometidos en la fundamentación jurídica de las resoluciones judiciales sólo tiene trascendencia constitucional en cuanto sean determinantes de la decisión adoptada, esto es, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haberse incurrido en el mismo".

Y esta trascendencia o relevancia, en definitiva se proyecta sobre la nota de la finalidad impugnativa. El motivo ha de tender bien a anular una aserción del relato histórico de la sentencia o a integrarlo con un dato fáctico no recogido en él, de manera que en cualquiera de ambos casos la subsunción de la sentencia sometida a recurso quede privada del necesario soporte fáctico.

3. Dejando aparte que los documentos no se citan correctamente, puesto que ni siquiera se indican los folios en que se encuentran (no ya los particulares de los mismos), estos documentos no son determinantes de la modificación que pretende el recurrente. En efecto, las notas simples registrales son documentos con un contenido bastante técnico, no fácil de entender completamente para un no jurista, y que normalmente exigen explicaciones de alguien que las entienda para captar todo su contenido. *En este caso*, la prueba *testifical* de las víctimas ha acreditado que lo que los acusados (y concretamente el recurrente que era quien tenía la práctica para poder interpretar estas notas) explicaban, era lo contrario de lo que decían las notas, ocultando las cargas y participaciones amparándose el recurrente en la credibilidad originada en tener una agencia de la propiedad inmobiliaria. En definitiva, el hecho que se pretende acreditar mediante estos documentos *está contradicho* por el resultado de la prueba testifical, por lo que no cabe admitir la modificación fáctica que se intenta.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.



SEXTO .- El sexto motivo se basa en **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del art 248. CP .

1. Niega el recurrente que se encuentre presente el elemento del **engaño** bastante para producir el error, en este caso en el de Dña. Verónica , para que realice la entrega del importe de las arras, necesario para integrar el delito de estafa. Y considera que solo es responsable de una cuestión meramente civil, y en concreto de un incumplimiento contractual, quedando obligado en virtud de lo estipulado a la devolución del importe entregado. Y puesto que no reembolsó la cuantía entregada en concepto de arras, el hecho en el ámbito penal sólo puede ser calificado de apropiación indebida, conforme al art 252 CP .

2. Ante todo debemos recordar que la vía casacional del art. 849.1, como se dice en la STS 589/2010, de 24-6 , obliga a *respetar* el relato de *hechos probados* de la sentencia recurrida, pues en estos casos sólo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados, que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECr . (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECr .

En efecto, conforme a la STS. 121/2008 de 26-2 , el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr . ha de *partir de las precisiones fácticas* que haya *establecido el Tribunal* de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el mas absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al *control de la juridicidad* , o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la practica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECr .1 se manifiesta el vicio o corruptela de *no respetar el recurrente los hechos probados* , proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

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

2. *Los hechos probados* de la sentencia recurrida *proclaman* que: "Contando Fabio , mayor de edad y sin antecedentes penales, con un piso en Chiclana de la Frontera, Finca NUM000 , DIRECCION000 NUM001 , propiedad al 50 % con se ex esposa Leonor , con Hipoteca en el Banco Santander Consumer Finance, S.A. constituida el 19 de abril de 2007 por 217.000 € a 42 años, procedió a anunciar por internet y en la Inmobiliaria Skiline Real Estate de Conil su venta, sin tener conocimiento de estos hechos por parte de Leonor .

Como quiera que el anuncio era muy ventajoso, ya que el precio ofertado era notablemente inferior al del mercado, pronto aparecieron clientes dispuestos a la compra.

Así, la propia agencia Skiline Real Estate, concertó la venta a Verónica por 105.000 €, quien pretendía residir en dicho inmueble, entregando unas arras de 7.000 € y con el compromiso de elevar a escritura pública la venta entre el 1 y 10 de marzo de 2009, manifestando que la finca era de dominio exclusivo del acusado Fabio y que estaba libre de cargas."

Tales hechos, que han de ser respetados, según lo más arriba expuesto, *describen el engaño* que niega el recurrente, consistente en la ocultación de las cargas y del condominio, constituyendo, sin duda alguna, el delito de estafa por el que ha sido condenado. Y ello con independencia -como señala el Ministerio Fiscal- de que, al haberse condenado por un delito continuado por más de 20 hechos, la eventual exclusión de uno de ellos, en nada afectaría al fallo.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.



SEPTIMO.- El séptimo motivo se articula por **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación del art. 704 LECr, 366 LEC y apartado 3 del art 6 del CEDH.

1. Se denuncia que los *testigos* que depusieron en la sala *no* estuvieron *incomunicados*, formando "corrillo" Dña. Leonor, fomentando la enemistad con los acusados y contaminándose los testigos.

2. Esta Sala ha dicho (Cfr. STS 792/2010, de 22 septiembre; STS153/2005, de 10 de febrero) que la ley procesal dispone en el artículo 704 la incomunicación de los testigos, evitando el contacto entre los que ya hayan declarado con los que todavía no lo han hecho. Y el artículo 705 prevé que el presidente los haga comparecer de uno en uno. Como ha señalado la jurisprudencia, la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro (STS núm. 22/2003).

En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder *no es condición de la validez* de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar *en cada caso* en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo. En la STS núm. 768/1994, se negó que la infracción del artículo 704 supusiera en todo caso la nulidad de la prueba. Y en la STS núm. 229/2002, se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical.

3. Pues bien, en el caso que nos ocupa, dejando aparte lo inapropiado que resulta el cauce casacional emprendido para denunciar una infracción no sustantiva, sino procesal; igualmente hay que hacer constar que la crítica debe basarse en el tenor de los hechos declarados probados, o en los pronunciamientos fácticos que se contengan en los fundamentos jurídicos. Sin embargo, *nada* de lo que se dice por el impugnante *figura* ni en la sentencia, ni en el acta del juicio, ni siquiera protesta sobre ello del recurrente.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

RECURSO DE DÑA. Eva

OCTAVO.- El primer motivo se articula por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr, y 5.4 LOPJ, en relación con los arts. 120.3, 24.1 y 24.2 CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y a la tutela judicial efectiva.

1. Se sostiene que la sentencia de instancia adolece de la adecuada *motivación fáctica*, no apareciendo las pruebas consideradas de cargo pormenorizadas, utilizándose fórmulas generales, como las empleadas en el FJ, 3º, utilizando expresiones como *todos, no poco, cuantos, siempre, todas estas firmas*. Por ello se solicita la nulidad de la sentencia y su devolución para dictado de una nueva.

2. Sobre el derecho a la *presunción de inocencia*, nos remitimos a lo dicho más arriba, especialmente en relación con el motivo quinto del anterior recurrente.

3. En cuanto al derecho a la *tutela judicial efectiva* sin indefensión, comporta el de obtener una resolución motivada, razonada y no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (STC núm. 258/2007). A las partes asiste el derecho a que sus pretensiones *sean resueltas* por los órganos jurisdiccionales de forma expresa y motivada o, excepcionalmente, de forma tácita, pero resultante de manera evidente del contenido de la resolución judicial. En relación a los aspectos fácticos de la sentencia penal, es preciso que los hechos que se declaran probados vengán unidos a una explicación comprensible de la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba y del camino seguido desde ésta hasta aquellos. Esto no quiere decir que el Tribunal deba pronunciarse expresamente acerca de cualquier aspecto de los hechos que las partes hayan alegado, pues solo debe hacerlo respecto de aquellos que *resulten relevantes* a los efectos de la aplicación de la ley penal. Tampoco es precisa una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones, siempre que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones de las partes (Cfr STS 8-12-2008, nº 907/2008; 18-12-2008, nº 907/2008).

El Tribunal Constitucional y esta Sala han recordado, en numerosas resoluciones, el mandato del artículo 120.3 de la Constitución acerca de la necesidad de que las sentencias estén siempre motivadas lo cual constituye, asimismo, una exigencia derivada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales, proclamado en el artículo 24.1 del mismo texto constitucional. Motivación que viene impuesta para evitar



cualquier reproche de arbitrariedad, satisfacer el derecho del justiciable a alcanzar la comprensión de la resolución judicial que tan especialmente le afecta, así como para garantizar y facilitar el control que permite la revisión de la sentencia en otras instancias judiciales o, en su caso, por el Tribunal Constitucional.

La motivación de las sentencias, en particular en el aspecto fáctico-valorativo, obliga al tribunal sentenciador a reseñar detalladamente las pruebas que ha tenido en cuenta para dictar la resolución, debiendo desprenderse con claridad las razones que le asisten para declarar probados unos hechos, muy especialmente cuando han sido controvertidos. La exigencia de motivación no pretende, como tiene dicho el Tribunal Constitucional y esta Sala, satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino *permitir al justiciable* y a la sociedad en general *conocer las razones* de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la resolución dictada merced a la revisión por vía de recurso. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de fijar la finalidad, alcance y límites de la motivación, afirmando en tal sentido que deberá tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, esto es, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, sin asomo de arbitrariedad, sin que sea necesario explicitar lo que resulta obvio (Cfr. STS. 6-10-2011, nº 995/2011 ; 30-9-2011, nº 1010/2011)

Como precisa la STS. 628/2010 de 1.7 , podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución *carezca absolutamente* de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2 , 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es *solo aparente* , es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93 , 158/95 , 46/96 , 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9 , 1009/96 de 30.12 , 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4 , han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación . La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la *extensión e intensidad suficiente* para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva " *no incluye* un pretendido derecho al *acierto judicial* en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1 , 199/96 de 4.6 , 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

4. La sentencia está suficientemente fundada, y la prueba correctamente valorada en relación con los hechos probados. Son situaciones distintas (a efectos de fundamentación probatoria) la que se produce cuando en un proceso existe una pluralidad de hechos distintos y con diferentes particularidades penalmente relevantes que deben tenerse en cuenta; que la que se da cuando la pluralidad de hechos realizados por los mismos autores responde a un *modus operandi* muy determinado, y son iguales todas las circunstancias penalmente



relevantes, no diferenciándose los hechos sino en unos pocos elementos individualizadores. *Éste es el caso* de los delitos que se han juzgado en este proceso.

Los acusados tenían una forma de actuar muy determinada, *un engaño estándar*, que realizaban una y otra vez de la misma forma y en el que eran iguales todos los elementos penalmente relevantes. Las únicas diferencias eran la identidad de las personas engañadas, el inmueble que se ofrecía, la fecha y la cantidad de dinero que se entregaba como arras. Esta característica del asunto -observada en la instrucción y confirmada a través de la práctica de la prueba testifical de los perjudicados en el juicio oral- hace que la *prueba testifical* pueda ser tratada *en conjunto*, pues toda ella expone el mismo *modus operandi* y las mismas características del engaño, sin que las lógicas diferencias en las palabras empleadas por los testigos en sus respectivas deposiciones supongan en los hechos diferentes circunstancias penalmente relevantes. En estas condiciones es legítima y suficiente la exposición conjunta del resultado de la prueba testifical como se ha realizado en la sentencia recurrida.

Por tanto, atendiendo a que los acusados realizaban sus delitos conforme a un *rígido modus operandi*, la *prueba documental* (documentos firmados por los acusados y no impugnados) existente junto con lo ya mencionado, constituye prueba suficiente para sustentar las condenas impuestas.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

NOVENO.- Como segundo motivo se formula infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr, y 5.4 LOPJ, en relación con los arts 120.3, 24.1 y 24.2 CE, por vulneración del derecho a la **presunción de inocencia**.

1. Se critica que la sentencia considere probado que la recurrente se apropió de la suma de 8.200 euros que le entregó *Dña. Flora*, cuando no quedó acreditado tal hecho, que según el tribunal se basa en "*numerosos indicios*", y en las *testificales*, cuando no compareció la Sra. Flora en el juicio, y no se solicitó la lectura de su declaración sumarial.

2. Dando por reproducido cuanto dijimos sobre la infracción de derechos constitucionales, sólo añadiremos que en cuanto a la falta de declaración en el juicio de *Dña. Flora*, su ausencia en el plenario no impide la condena, puesto que consta no solo su denuncia, sino principalmente (a los folios 104 y siguientes del rollo de Sala) el testimonio del contrato y del recibo "*confeccionado de puño y letra por Fabio y firmado por Eva*" (folio 107) presentado como consecuencia del oportuno requerimiento (folio 95) practicado a instancia de la ahora recurrente (folio 107).

Como apunta el Ministerio Fiscal, aunque no hay declaración testifical -en la Vista- de la perjudicada, existe el hecho de la denuncia, las manifestaciones de los acusados que no han negado la venta y la recepción de las arras, el testimonio del contrato de compraventa y del recibo de la cantidad firmado por D.^a Eva no impugnados, y la comprobación de que todo corresponde con el *modus operandi* y con el formato de contrato que empleaban los acusados. Todos estos elementos son indicios suficientes para fundar el hecho probado referido a D.^a Flora y la condena impuesta.

Además, el examen de las actuaciones demuestra que el Ministerio Fiscal propuso en su *escrito de acusación* (fº 1452 y ss) la testifical de *Dña. Flora*, citando las *declaraciones* suyas, que obraban a los folios 98 a 102, y 635 de las actuaciones; y, entre la *documental*, la *lectura* de los folios indicados. Igualmente que en la Vista del Juicio oral, obra -sin queja u observación alguna-, "que por las partes se renuncia a los testigos no comparecidos" (fº 862 del acta, y Vídeo 9,m.46)-; y que si no fueron leídos en la Vista los folios de referencia, es porque, por todas las partes, se dio por reproducida la citada documental (fº 865 del acta, y Vídeo 10, m.16).

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado

DECIMO.- El tercer motivo se funda en infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr, y 5.4 LOPJ, en relación con los art 24.2 CE, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al aplicar el subtipo agravado de vivienda, del art 250.1.1º CP.

1. Se destaca que el tribunal sentenciador ha estimado la concurrencia del subtipo agravado de "*vivienda*", como bien de primera necesidad, previsto en el art 250.1.1º CP, y que ha tenido especial trascendencia a la hora de determinar la pena finalmente impuesta, cuando este elemento ha de ser probado por la acusación, no bastando que aparezca en la dinámica de los hechos. En el caso, los inmuebles, a falta de una explicación más pormenorizada, pudieron tener por destino el recreativo, la segunda vivienda, el segundo uso, o el meramente especulativo. Conforme a los hechos probados solo se destina a vivienda, lo que no es sino un local de negocio, la Clínica Dental San José, lo que se comprueba con la solicitud policial para su entrada y registro (fº 42).

Por otra parte, se sostiene que, conforme a los contratos, las cantidades que se recibían en concepto de "*señal*", no podían tener la consideración de *arras* confirmatorias, ni penales, ni penitenciales, pues el pacto



suscrito permitía, antes de elevar a público el contrato, que se desistiese sin sufrir ningún tipo de quebranto por ello; reflejando el acuerdo, contenido en los contratos, más bien un "precontrato de compraventa".

2. Las pruebas existentes sobre que la adquisición de los compradores era para vivienda son principalmente -como dice la misma sentencia- las *declaraciones de los testigos*, que ya hemos dicho que pueden valorarse conjuntamente en asuntos como el presente en que los acusados actúan en todas las ocasiones de acuerdo a un concreto sistema de engaño. Como dice la sentencia y el mismo recurso, los testigos dijeron que adquirirían los inmuebles para vivienda, con la intención de residir en los mismos, con planes de reforma, y en dos ocasiones perdiendo las cantidades ya entregadas para otros pisos con la misma finalidad al optar por la oportunidad que les ofrecían los acusados.

Por otro lado el hecho de que un inmueble se haya destinado anteriormente a clínica dental, no lo inhabilita para poder convertirse en vivienda, pues precisamente la clínica dental es uno de los destinos que frecuentemente se da a viviendas cuando se dedican a sede de una profesión, por la facilidad de adaptación a ese uso por no tener muchas exigencias adicionales. Y ese uso en nada disminuye la verosimilitud de las declaraciones de los perjudicados en el sentido de que querían destinar el inmueble a vivienda.

Tampoco lo disminuye la consideración jurídica que se realiza en el recurso sobre el *tipo de arras*, que no consta que se plantearan los adquirentes estafados para actuar de acuerdo a ella, por lo que esas consideraciones en nada afectan a la verosimilitud de las declaraciones testificales.

En efecto, como tuvo en cuenta la sala de instancia, de los documentos acompañados y de las declaraciones de los perjudicados se desprende que los mismos fueron compelidos -con el *señuelo* de que existían muchos aspirantes a la firma- a la entrega de la señal, como compromiso de la compraventa, es decir, como *arras confirmatorias*, como parte del precio total y como anticipo del mismo.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El cuarto motivo se funda en infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr, y 5.4 LOPJ, en relación con los art 24.1 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de **motivación** de la sentencia (art. 120.3 CE); por vulneración del principio de **igualdad** (art 14 CE) y de interdicción de la arbitrariedad (art 9.3 CE), en relación con el art 142 LECr.

1. Se denuncia que el tribunal ha impuesto la misma *pena* a ambos acusados, a pesar de reflejar que el Sr. Fabio cometió otros hechos ilícitos en relación con una vivienda de la que era titular en la localidad de Chiclana, y en los que no tuvo participación la recurrente, lo que se corresponde también con las diferentes responsabilidades civiles establecidas.

2. Por un lado, hay que decir que no existe infracción del derecho a la igualdad, puesto que el derecho a la igualdad es el derecho a ser tratado igual, y no incluye el derecho a ser tratado de forma desigual en circunstancias diferentes: no existe discriminación por indiferenciación. En este caso, por delitos iguales -castigados en los mismos artículos del Código Penal- se ha impuesto pena igual, por lo que no se ha infringido el derecho a la igualdad. Como dice repetidamente el Tribunal Constitucional, "La pretensión debe ser rechazada en aplicación de la doctrina que, desde los años ochenta y hasta la fecha, sostiene este Tribunal sobre la "discriminación por indiferenciación". Según nuestra jurisprudencia la "discriminación por indiferenciación" no puede situarse en el ámbito de protección del art. 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Este Tribunal ha establecido reiteradamente que el art. 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2)" (STC 198/2012, FJ 1).

En cuanto a la denuncia de arbitrariedad y de falta de motivación de la sentencia, tampoco se acredita la concurrencia de estos defectos: no es arbitraria la imposición de una pena dentro del margen legal teniendo en cuenta que la libertad de determinación concreta por parte del Tribunal dentro de los márgenes legales con la suficiente motivación; y en este caso se ha motivado suficientemente la imposición de la pena concreta, en base a la cantidad defraudada y el elevado número de perjudicados.

En el fondo, la recurrente se queja de falta de proporcionalidad relativa dentro de la causa. Esta falta de proporcionalidad solo podría existir cuando las diferencias que justificasen un trato distinto resultaran relevantes, puesto que la proporcionalidad absoluta no es posible. En este caso y a la vista del número de perjudicados y de las cantidades defraudadas, la diferencia que apunta la recurrente no es relevante, ya que la entidad de sus hechos y de su personal participación hace merecedora a D.^a Eva de la pena que le ha sido impuesta, *sin perjuicio* de lo que *más adelante digamos*.

En consecuencia el motivo también ha de ser desestimado.



DUODÉCIMO.- El quinto motivo se articula por infracción de **precepto constitucional**, al amparo del art 852 LECr , y 5.4 LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art 24.1 CE), por falta de motivación (art 120.3 CE), y por vulneración del principio acusatorio (art 24.2 CE), en relación con el art. 74.2 CP .

1. Se destaca ahora la vulneración del *principio acusatorio* , por aplicar el tribunal la regla de agravación (pena superior en uno o dos grados), prevista en el art 74.2 CP , para los delitos continuados de carácter patrimonial, de modo que no aplica inicialmente el apartado 6º del art 250.1, por no haber sido objeto de acusación, pero sí posteriormente por la vía de la art 74.2 CP , habiéndose valorado dos veces la circunstancia de la importancia de la cuantía. Y se insta a que, en caso de ser condenada la recurrente por estos hechos, la pena quede entre los márgenes legales del delito: prisión entre 1 y 6 años, y multa entre 6 y 12 meses.

2. Según resulta de los antecedentes de hecho que recoge la sentencia de instancia, y se comprueba a través de su escrito de acusación (fº 1455) y del acta de la Vista del juicio oral (fº 865 del rollo), el Ministerio *Fiscal* calificó los hechos como constitutivos de un delito de estafa continuada de los arts 248 , 249 y 250.1.1º, en relación con el art. 74 CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando que se condenara a cada uno de los acusados en concepto de autores, a las penas de 5 años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo, y multa de 11 meses, a razón de 6 euros día, con arresto sustitutorio en caso de impago, y costas, así como al pago de la indemnización que precisó.

Por su parte, las *Acusaciones particulares* , coincidiendo en su calificación con el Ministerio público, solicitaron penas de prisión, que oscilaron entre los cinco años y los 8 años de prisión; y de multa entre los 11 y los 12 meses, con diversas cuotas diarias; y las correspondientes indemnizaciones y pago de costas.

La *sentencia de instancia* en su fundamento de derecho quinto, viene a decir que "tratándose de un delito continuado atendiendo a que el monto de lo defraudado es una cantidad nada despreciable, al daño objetivo que se ha generado a un número importante de perjudicados y víctimas de esta situación, y a que los autores han revelado con su acción una peligrosidad subjetiva obvia, entendemos que la pena debe imponerse en el grado superior por tratarse de un delito continuado y dentro del mismo en su escala inferior, siendo proporcionado a lo sucedido imponer a cada uno de los acusados la pena de 6 años de prisión con las accesorias legales."

La verdad es, que a pesar del tenor literal del texto transcrito, no se ha aplicado la pena superior en grado, por efecto del art 74.1 CP , ya que la *pena impuesta* ha sido la *de 6 años de prisión y 11 meses de multa*, y el límite mínimo de la pena superior comienza, en este caso, en 6 años y 1 día de prisión y en 12 meses y 1 día de multa, conforme al art 70.1.2º CP .

Lo que ha ocurrido es que se ha aplicado el subtipo agravado de recaer la estafa sobre *viviendas*, lo que determina, conforme al art .250.1.1º CP , una pena de prisión entre 1 y 6 años y multa de 6 a 12 meses, distinta y superior de la prevista entre los 6 meses y los 3 años propia del tipo básico de la estafa.

Esta Sala en su Pleno no jurisdiccional de 30-10-2007, llegó al Acuerdo en el sentido siguiente: " *El delito continuado se sanciona con la mitad superior de la pena, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la más grave ,sino al perjuicio total causado. La regla 1ª del art 74.1º queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración.*" Y el criterio se ha venido aplicando en sentencias ,entre las que cabe citar las nº 950/2007 , 662/2008 , nº **877/2012, 13-11-2012** , etc. excluyéndose la subida forzosa del art 74.1 con arreglo al principio de proporcionalidad.

En nuestro caso, por tanto, la pena a considerar es la comprendida entre 1 y 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses. Y, aunque se trate de delito continuado, -de lo que no hay duda, ya que existió un plan preconcebido- e infracción patrimonial, no habiéndose de subir de grado, y habida cuenta que la mitad de la pena se cifra en 3 años y 6 meses, oscilando la mitad superior entre los 3 años, 6 meses y 1 día y los 6 años, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad, de acuerdo con la regla 66.1.6ª CP, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los acusados y la gravedad del hecho, la pena que estimamos debe imponerse es la de **4 años y 6 meses de prisión**, manteniéndose la misma multa de 11 meses, tal como se determinará en segunda sentencia.

Por ello, el motivo ha de ser *estimado* .

DÉCIMOTERCERO.- El sexto motivo se configura por **infracción de ley** , al amparo del art 849.1 LECr , por indebida aplicación del art 74.2 CP .

1. Se denuncia la infracción del art. 74.2 CP por aplicar la penalidad prevista para los supuestos del llamado delito masa (pena superior en uno o dos grados) cuando el supuesto que nos ocupa no cumple los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para ser considerado de aquella naturaleza.



2. A pesar del tenor del FJ 5º de la sentencia de instancia, no se ha aplicado la pena en los términos dichos por el recurrente, por lo que, sin perjuicio de lo dicho en el anterior, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- El séptimo motivo se basa en **infracción de ley**, al amparo del art 849.1 LECr, por indebida aplicación del tipo de estafa agravada, previsto en el art 250.1.1º CP, en lugar del art 251 CP.

1. Se pone de manifiesto que los hechos probados tienen la consideración de la llamada estafa impropia o especial (estafa de doble venta y de enajenación de bien libre de cargas, cuando está gravado) que encuentra encaje en el art 251 CP. que constituye una norma más especial y más favorable al reo, siendo la estafa genérica y la estafa especial, cuya aplicación se propugna, homogéneas.

2. Ha señalado esta Sala (Cfr STS 3-11-2010, nº 954/2010) que la doctrina considera que la puesta en relación del art. 250.1.1 con el art. 251, cuya pena es menos grave que la establecida en aquel puede conducir a insatisfactorias consecuencias pudiendo incluso dejar sin efecto en la práctica, la esfera de protección del tipo agravado.

La solución en estos casos debe ser acudir a lo dispuesto en el art. 8.1 CP, entendiendo que el art. 250.1.1 es de preferente aplicación en virtud del principio de especialidad cuando la estafa tenga por objeto negocios jurídicos referidos a la vivienda, puesto que el fraude tipificado en el art. 251 del CP, tiene un ámbito de aplicación más general al titular tanto a las cosas inmuebles, aunque no se trate de viviendas en el sentido restrictivo propio del art. 250.1.1, como a los muebles, o en el art. 8.4 CP, resolviéndose el concurso de normas por el principio de alternatividad que supone que cuando una conducta encaje indistintamente en varias normas sancionadoras, se aplique la del precepto que imponga mayor sanción, en este caso el art. 250.1.1.

Por ello, como apunta el Ministerio Fiscal, cuando un hecho puede ser subsumido en dos preceptos penales sin otras circunstancias de determinación (que no se justifican por la recurrente aunque alude al principio de especialidad), el criterio de selección no es el precepto que imponga pena inferior sino el que imponga pena superior, a tenor de la regla 4ª del artículo 8 del CP.

Este caso (y es la razón principal para rechazar el motivo) se caracteriza porque se trata de viviendas, y la vivienda es concepto más específico que el de inmueble -del que es especie- lo que justifica la aplicación del artículo 250.1.1º CP con preferencia al artículo 251 CP en aplicación de la regla 1ª del artículo 8 CP.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- Conforme a lo expuesto, ha lugar a la **desestimación** del recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, por infracción de ley, y de precepto constitucional por la representación de D. Fabio, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, haciéndole imposición de las **costas** de su recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 901 de la LECr.

Y a lugar a la **estimación parcial** del recurso de casación interpuesto contra la misma resolución, por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Dña. Eva, declarando de oficio las **costas** de su recurso.

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **DESESTIMADO el recurso** de casación interpuesto por quebrantamiento de forma, por infracción de ley, y de precepto constitucional por la representación de D. Fabio, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, haciéndole imposición de las **costas** de su recurso.

Y DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR EN PARTE**, al recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por la representación de Dª Eva, contra la misma sentencia, en causa seguida al mismo por delito de estafa; y en su virtud, casamos y anulamos parcialmente dicha sentencia con declaración de las **costas** de oficio. Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. **Francisco Monterde Ferrer** D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Diciembre de dos mil trece.



En las Diligencias Previas nº 403/2009, incoadas por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cádiz, y seguido ante la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz, con el Rollo núm. 26/2011 , por delito de estafa contra D. Fabio y D^a Eva ; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia de fecha 11 de octubre de 2012 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* en el día de la fecha bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

UNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia los de la Sentencia de instancia, incluyendo expresamente los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico duodécimo de nuestra sentencia de casación, y teniendo en cuenta que los efectos beneficiosos se extienden, conforme a lo dispuesto en el art.903 LECr . al correcurrente D. Fabio , procede modificar la pena impuesta al mismo y a D^{ña}. Eva , sustituyendo la pena de *seis años de prisión* , por la que se estima adecuada de **cuatro años y seis meses** , manteniendo la pena de multa impuesta, y el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada

III. FALLO

DEBEMOS MANTENER Y MANTENEMOS LA CONDENA RECAÍDA EN LA INSTANCIA sobre los acusados D. Fabio y D^{ña}. Eva , como autores responsables de un delito de estafa, sustituyendo, no obstante, la pena de *seis años de prisión* , por la de **cuatro años y seis meses de prisión** , manteniendo el resto de los pronunciamientos, en cuanto a accesorias, multa, costas y responsabilidad civil, establecido en la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquin Gimenez Garcia D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Antonio del Moral Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.