

Roj: **STS 1120/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1120**Id Cendoj: **28079120012012100093**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/02/2012**Nº de Recurso: **762/2011**Nº de Resolución: **99/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 9963/2010,**
STS 1120/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por **Mateo** representado por la Procuradora D^a Irene Gutiérrez Carrillo, **Salvadora** representada por el Procurador D. Eusebio Rúa Estéban, **Aurora** representada por la Procuradora D^a Begoña Fernández Jiménez y por el **ABOGADO DEL ESTADO**, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial** de Madrid con fecha **10 de mayo de 2010**, por delitos de estafa, cohecho y falsedad en documento oficial. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid instruyó Procedimiento Abreviado nº 6826/2004 contra **Aurora**, **Mateo** y **Salvadora**, por delito de estafa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que con fecha 10 de mayo de 2010 en el rollo nº 88/2007, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

"Que en día no determinado del mes de marzo de 2004 Margarita conoció a través de una hermana de Mateo, mayor de edad, nacido en Colombia, con antecedentes penales no computables y en situación administrativa regular en España, a la que conocía a su vez por ser cliente de una peluquería que regentaba la citada hermana de Mateo, a Aurora, también cliente de la peluquería, mayor de edad y sin antecedentes penales.- Aurora era gestora administrativa, con nº de colegiada 2800, y tenía por entonces una Gestoría Administrativa en la Avenida de Valladolid nº 19 de esta Capital, que luego, con el nombre de Gestoría Sáez, se ubicó en la c/ Tomasa Ruiz nº 5 de esta Capital, si bien también compartió durante una temporada las instalaciones que Mateo tenía en un Ciberlocutorio sito en la c/ Mercedes Arteaga, nº 15 de esta Capital, en la que ambos desarrollaban funciones de gestores administrativos y Mateo, también de agente de seguros, contactando con ciudadanos extranjeros en situación administrativa irregular, en parte a través de la peluquería de la hermana de Mateo, en parte a través del locutorio.- Margarita entregó a Aurora un certificado de empadronamiento, el billete de avión del vuelo con el que llegó a España, una oferta de trabajo de un Abogado para repartir publicidad de su despacho, su tarjeta de la Seguridad Social, resguardos de envío de dinero efectuados a su país natal, Ecuador, así como 200 €, en el despacho de la Avenida de Valladolid para que aquella gestionase su solicitud de permiso de residencia y trabajo en España.- Al cabo de un mes y medio, como no tenía noticias de dicha solicitud de permiso de trabajo y residencia, Margarita habló con Aurora, ya ubicada en la c/ DIRECCION000, pidiéndole que acelerase los trámites, pues deseaba ir a su país a la graduación escolar de su hijo. Aurora le pidió 5000 € para acelerar los trámites y Margarita los obtuvo de su entonces pareja sentimental (hoy su marido), Celso, entregándoselo



Margarita a Aurora a finales de Junio de 2004. Como seguía sin recibir noticias de Aurora , la llamó con insistencia, haciéndole finalmente Aurora entrega de una solicitud de autorización de residencia y trabajo a su nombre, con un sello de la Jefatura Superior de Policía, Brigada Provincial de Extranjería y Documentación. Residencias y Estancias, estampado en la misma con fecha de entrada de 26-08-2004.- Dicha solicitud, que fue firmada por Margarita , fue presentada por Aurora , sin la preceptiva presencia de Margarita , en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, en la c/ Los Madrazo nº 9 de esta Capital, a Salvadora , mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionaria interina de la referida oficina en las fechas comprendidas entre el 3-10-2003 y el 20-10-2004, así como entre el 13-06-2005 y el 14-03-2007, que estampó el sello de entrada de la solicitud en las oficinas, sin que Margarita hubiese concertado una cita previa, ni, consiguientemente, ésta se hubiese anotado en el Libro de Citas, sin darle un número de registro a su solicitud ni grabarla en la aplicación informática de la Dirección General de Extranjería, contraviniendo así las funciones que tenía encomendadas y sin que le diese trámite, recibiendo Margarita la copia sellada en la creencia de que su solicitud había sido admitida a trámite.- Salvadora también conocía a Aurora de coincidir en la peluquería de la hermana de Mateo y recibió de Aurora y de Mateo la cantidad de 6.500 €, a cambio de lo cual Salvadora se prestó a poner el sello de entrada en las solicitudes que le presentaran en la c/ Los Madrazo, aunque no hubiese cita para el extranjero al que se refería la solicitud, o éste no se personase en el lugar o no se adjuntase documentación alguna con la misma.- A finales del año 2004 Urbano encargó a Mateo , que se hacía pasar por gestor administrativo, que tramitase sendas solicitudes de trabajo y residencia para sí y para la madre de sus hijos, Bárbara , personándose para ello ambos tanto en la Gestoría de la c/ Tomasa Ruiz como en la de la c/ Mercedes Arteaga.- En la solicitud de Urbano , galerista de arte, Mateo hizo figurar datos falsos, como el de la identidad de su madre, pues hizo constar el nombre de una religiosa, Martina , y el del empleador, aportando una oferta de trabajo de Clemente , que nunca la formuló, para que Urbano trabajase como mecánico.- Del mismo modo, Mateo rellenó la solicitud de Bárbara con datos falsos, recibiendo de Urbano la cantidad de 5000 € por cada una de dichas solicitudes, que fueron presentadas por Aurora a Salvadora , la cual estampó un sello de entrada de fecha 11-10-2004 en la de Urbano , que finalmente obtuvo su permiso, no así Bárbara , cuya solicitud no se tramitó, consiguiendo posteriormente Urbano de Mateo la devolución de 1500 € por la falta de tramitación del permiso de Bárbara ." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos condenar y condenamos a Aurora y a Mateo como responsables en concepto de autores de un delito continuado de estafa y un delito continuado de cohecho y a Mateo como responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento oficial, así como a Salvadora como responsable en concepto de autora de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de falsedad en documento oficial, concurriendo en todos ellos la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de, a Aurora y a Mateo , por el delito continuado de estafa, la pena de once meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, por el delito continuado de cohecho, la pena de un año y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6500 €, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses.- A Mateo , como autor de un delito de falsedad documental, la pena de cinco meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de seis meses con una cuota diaria de 6 €.- Y a Salvadora , por el delito continuado de cohecho, la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6 € e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses. Y por el delito continuado de falsedad documental, la de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6 € e inhabilitación especial por dos años.- Y, asimismo, que debemos absolver y absolvemos a Aurora del delito continuado de falsedad en documento oficial que se le imputaba.- Debiendo abonar Aurora 2/8 partes, Mateo 3/8 partes y Salvadora las 2/8 partes restantes de las costas causadas en esta instancia, declarándose de oficio el 1/8 restante." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia se dictaron autos de aclaración de fecha 8 de octubre de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"**LA SALA ACUERDA: ACLARAR** el error observado en el fundamento de Derecho **Décimo** de la Sentencia de manera que; **donde dice:** "Respecto del delito de falsedad, al que correspondería una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, con la concurrencia de la referida atenuante de dilaciones indebida, procede rebajar la pena en un grado. Es decir, la pena a imponer oscila entre 3 y 6 meses de prisión, y multa de 3 a 6 meses.- Procede imponer a Mateo la pena de cinco meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena, y multa de seis meses con una cuota diaria de 6€, al no constar la situación económica del acusado. " **debe decir** "Respecto del delito de



falsedad, al que correspondería una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, con la concurrencia de la referida atenuante de dilaciones indebidas, procede rebajar la pena en un grado. Es decir, la pena a imponer oscila entre 3 y 6 meses de prisión, y multa de 3 a 5 meses y 29 días.- Procede imponer a Mateo la pena de cinco meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante en tiempo que dure la condena, y multa de 5 meses y 29 días, con una cuota diaria de 6?, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal , al no constar la situación económica del acusado."- **Donde dice** "Procede imponer a Aurora y a Mateo la pena de un año y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6500?, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses para cada uno de ellos" **debe decir** "Procede imponer a Aurora y a Mateo la pena de un año y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de ?, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, 2 meses de privación de libertad, en los términos que fije el artículo 53 del Código Penal , e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses para cada uno de ellos."- **Donde dice** "Tratándose de un delito continuado, la pena se debe imponer en la mitad superior, es decir, de 4 a 6 años y multa del doble al triple de la dádiva, y de 9 años y 6 meses a 12 años de inhabilitación. Concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, la pena a imponer sería de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6? e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses" **debe decir** "Tratándose de un delito continuado, la pena se debe imponer en la mitad superior, es decir, de 4 a 6 años y multa del doble al triple de la dádiva, y de 9 años y 6 meses a 12 años de inhabilitación. Concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, la pena a imponer sería de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de del tanto al duplo de la dádiva recibida, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de cuatro años y nueve meses".- **Donde dice** "Procede, en consecuencia, imponer en el presente caso la pena de 4 años y 6 meses de prisión, ocho meses de multa, multa con una cuota diaria de 6?, al no constar la situación económica de la acusada y de 2 años de inhabilitación especial" **debe decir** "Procede, en consecuencia imponer en el presente caso la pena de 4 años y 6 meses de prisión, ocho meses de multa, multa con una cuota diaria de 6?, con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal , al no constar la situación económica de la acusada y de 2 años de inhabilitación especial".- **ASI MISMO SE PROCEDE ACLARAR** el error observado en el **FALLO DE LA SENTENCIA**, transcrito en el hecho primero de este auto, quedando redactado como sigue: **"FALLAMOS.-** Que debemos **condenar y condenamos** a Aurora y a Mateo como responsables en concepto de autores de un delito continuado de estafa y un delito continuado de cohecho y a Mateo como responsable en concepto de autor de un delito de falsedad en documento oficial, así como a Salvadora como responsable en concepto de autora de un delito continuado de cohecho y de un delito continuado de falsedad en documento oficial, concurriendo en todos ellos la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las penas de, a Aurora y a Mateo , por el delito continuado de estafa, la pena de once meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y, por el delito continuado de cohecho, la pena de un año y cuatro meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 6500 ?, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, 2 meses de privación de libertad, en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal , e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de tres años y nueve meses.- A Mateo , como autor de un delito de falsedad documental, la pena de cinco meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de cinco meses y veintinueve días, con una cuota diaria de 6 ? , con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal .- Y a Salvadora , por el delito continuado de cohecho, la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de tanto al duplo de la dádiva recibida, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de cuatro años y nueve meses. Y por el delito continuado de falsedad documental, la de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6 ? con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal , e inhabilitación especial por dos años.- Y, asimismo, que debemos absolver y absolvemos a Aurora del delito continuado de falsedad en documento oficial que se le imputaba.- Debiendo abonar Aurora 2/8 partes, Mateo 3/8 partes y Salvadora las 2/8 partes restantes de las costas causadas en esta instancia, declarándose de oficio el 1/8 restante." (sic)



Y de fecha 16 de diciembre de 2010 se dictó auto de aclaración, rectificando el auto anterior, con la siguiente parte dispositiva:

"LA SALA ACUERDA ACLARAR el error observado en el Auto, de manera que, en la aclaración del **FALLO DE LA SENTENCIA** el párrafo referido a la pena a imponer a D^a Salvadora **donde dice:**

*"Y a Salvadora , por el delito continuado de cohecho, la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de tanto al duplo de la dádiva recibida, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de cuatro años y nueve meses. Y por el delito continuado de falsedad documental, la de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa de ocho meses con una cuota diaria de 6 ? con una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas en los términos que fija el artículo 53 del Código Penal , e inhabilitación especial por dos años.- **debe decir** "Y a Salvadora , por el delito continuado de cohecho, la pena de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de tanto al duplo de la dádiva recibida, e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de cuatro años y nueve meses. Y por el delito continuado de falsedad documental, la de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el desempeño de empleo o cargo público por tiempo de cuatro años y nueve meses. Y por el delito continuado de falsedad documental, la de cuatro años y seis de meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y multa proporcional de 6.500 EUROS correspondientes a la dádiva recibida, e inhabilitación especial por dos años."*

CUARTO.- Notificados los autos a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados y por el Abogado del Estado, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- La representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso del Abogado del Estado

Único.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción del art. 121 del CP .

Recurso de Aurora

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim . por vulneración del principio de presunción de inocencia con infracción del art. 24.1 de la CE , con relación al delito de cohecho.

2º.- Por infracción de ley, al amparo de lo estable en el art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 74 del CP en relación a los arts. 248 y 249 del mismo texto legal , ya que no hay continuidad delictiva.

3º.- Por infracción e ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 423.1 en relación con el art. 420 y 74 del CP .

4º.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim ., por aplicación indebida del art. 74 del CP con relación a los arts. 423.1 y 420 del mismo texto legal , ya que no hay continuidad delictiva.

5º.- Por infracción de ley, al amparo de lo establecido en el art. 849.1 de la LECrim . por aplicación incorrecta de la atenuante analógica de dilaciones indebidas como muy cualificada del art. 21.6 del CP con relación al delito de estafa ya que la pena estaría comprendida entre 3 y 6 meses.

6º.- Posible aplicación de la última reforma del Código Penal L.O 5/2010 de 22 de junio de 2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2011, par el delito de cohecho.

Recurso de Mateo

1º.- Por infracción de ley, prevista en el art. 849.1 de la LECrim . por haber infringido los arts. que a continuación se relacional al aplicarlos de forma indebida.

2º.- Por error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 de la LECrim .

3º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 de la LECrim .

4º.- Por quebrantamiento de forma del art. 851.1 de la LECrim

5º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 de la CE al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 849.1 de la LECrim ., al entenderse vulnerado el principio de presunción de inocencia y derecho a la tutela judicial efectiva.



Recurso de Salvadora

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por la indebida aplicación del art. 390.1.2º y 3º del CP .

2º.- Por vulneración del Derecho fundamental a la presunción de inocencia amparado en el art. 24.2 de la CE , en relación con el principio in dubio pro reo.

3º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, falta de motivación de la pena, en relación con los arts. 120.3 de la CE y 66.6 del CP .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 16 de febrero de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Aurora

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la vulneración de la presunción de inocencia por la sentencia recurrida al proclamar como hecho probado la entrega de 6500 euros a la coacusada D^a Salvadora a cambio de que se prestase a poner el sello de entrada en las solicitudes que presentara en la oficina en que ésta trabajaba, como funcionaria interina.

2.- En su Sentencia 128/2011 del 18 de julio el Tribunal Constitucional recordaba los elementos básicos de la garantía constitucional de presunción de inocencia: *no ser condenado sin pruebas de cargo válidas , lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito , y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.*

Este Tribunal Supremo ha venido también estableciendo el sentido y alcance de tal contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia, entre otras en Sentencias núms. 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre . Siguiendo la misma cabe establecer las siguientes referencias para constatar si la sentencia recurrida se ha adecuado a tal exigencia constitucional que legitime la condena del recurrente penado.

A) Con carácter general, el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia implica:

a) Que la aceptación convencida por el Juzgador de la verdad de la imputación se haya atendido al *método* legalmente establecido lo que ocurriría si los **medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad** .

b) Que, en relación al *resultado* de la actividad probatoria, la **certeza** del Juzgador pueda **asumirse objetivamente** y no como mero convencimiento subjetivo de aquél. Tal objetividad no exige que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, pero sí que resulten fundadas por su vinculación a la actividad probatoria. Lo que ocurrirá si, a su vez: **1º).-** puede afirmarse la inexistencia de vacío probatorio, porque los medios de prueba practicados hayan aportado un **contenido incriminador** y **2º).-** la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permita predicar de la acusación una **veracidad objetivamente aceptable** , y, en igual medida, estimar excluible su mendacidad. Ocurrirá así cuando se justifique esa conclusión por adecuación al canon de coherencia lógica, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

c) Y eso en relación a los **elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos** , y, entre ellos, a la participación del acusado.

d) Finalmente, la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación requiere la **inexistencia de alternativas razonables** a la hipótesis que justificó la condena. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las **objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen** de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan *buenas razones* que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad,



para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que **cuando existe una duda objetiva** debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente **absolución** del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

B) Cuando la prueba directa no se traduce en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos, merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: *A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"* Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocenciacuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada"

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la **solidez** de la inferencia desde el canon de la *lógica y la coherencia*, como la **suficiencia o carácter concluyente** que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

3.- La sentencia recurrida pretende justificar en la fundamentación jurídica la afirmación de que los acusados D. Mateo y D^a Aurora hicieron una **entrega** de dinero a D^a Salvadora y de que obedecía a la **finalidad** de "corrupción de la función pública".

Es de resaltar que dicha fundamentación jurídica corrige lo que se declara como hecho probado. Como tal, en efecto, se declara la entrega del dinero, sin indicar más que la finalidad, y dejando sin especificar si era en concepto de *préstamo*, que es lo que luego se añade en la fundamentación jurídica.

Expone en ésta, como prueba de dicha entrega de dinero, la declaración de D^a Salvadora de quien dice la sentencia que "lo admitió ante la Policía". (Fundamento jurídico sexto).

La existencia de esa declaración policial es puesta de manifiesto en el fundamento jurídico cuarto -al examinar la prueba del delito de falsedad- y se advierte que la imputada se retractó respecto a lo antes dicho, tanto en su declaración en el Juzgado como en el juicio oral. El Tribunal de instancia, no obstante, decide considerar que esas retractaciones "no con creíbles" y justifica la imputación con el contenido de la declaración en sede policial.

Afirma la Sala de instancia que las declaraciones de los testigos policiales corroboran la versión dada ante ellos por la imputada. Desde luego no es dudoso que la documentación de esa declaración responda al contenido de lo efectivamente declarado. Eso es lo que aquellos testigos pueden corroborar. No expone la sentencia recurrida qué otros datos acreditados por el testimonio policial corroboran la entrega del dinero a D^a Salvadora .

Es de subrayar que la sentencia de instancia, más que de valorar la prueba practicada, se limita a describir lo que los diversos medios probatorios produjeron en el juicio. Pero sin exponer el juicio crítico que desde ese resultado lleve a afirmar la veracidad de lo imputado.

Y, aún dentro de ese límite, *la sentencia* no da cuenta de si algún medio de prueba arroja algún resultado relativo a la entrega de dinero con fines de corrupción que proclama. Así, cuando describe, más que analiza, lo manifestado por la acusada recurrente D^a Aurora, **ni siquiera recoge si fue preguntada al respecto**. Ese abrumador silencio sobre el soborno resalta también cuando la recurrida da cuenta de la declaración del otro imputado por cohecho, D. Mateo . Examinado el contenido del *acta del juicio oral*, al amparo del artículo 899



de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se observa que **ninguno de los acusados fue ni siquiera preguntado sobre la corrupción mediante esa entrega de dinero** a la funcionaria interina acusada.

4.- Corresponde pues, conforme a la doctrina antes expuesta, examinar la **validez** de la utilización del medio probatorio que llevó al Tribunal de instancia a afirmar que se hizo una entrega de dinero a la funcionaria para ganar su voluntad a fin de que actuase falsariamente, tal como proclama el hecho probado.

La cuestión que se suscita es si la presunción de inocencia puede ser enervada por estimar prueba suficiente lo que los acusados declararon ante agentes policiales, cuando esa declaración consta como efectivamente emitida, y si la asunción de tales declaraciones es compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías.

Dada la naturaleza de la cuestión, contraída a garantías constitucionales, la doctrina vinculante incumbe institucionalmente al Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución .

Pero, por otra parte, debemos citar también recientes Sentencias del Tribunal Supremo, como la *STS 603/2010 de 8 de julio* , en la que ya se da cuenta del fracaso homogeneizador del acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 28 de noviembre de 2006 y la *STS 1055/2011 de 18 de octubre* , en la que se advierte como, al fin, la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo han venido a converger en este punto, citando como muestra de ello las Sentencias 68/2010 del Tribunal Constitucional y *726/2011 del TS* , al tiempo que llama la atención sobre la necesidad, en cuanto a aquel acuerdo plenario de 2006, de "ajustar su sentido" a las posteriores inequívocas Sentencias del Tribunal Constitucional.

Y no está de más reiterar aquí por transcripción algunas de las afirmaciones esenciales de la misma tal como se recogen en la Sentencia nº 68/20120. Partiendo de la determinación del objeto de la cuestión suscitada: *la validez como prueba de cargo de la declaración inculpativa prestada en sede policial por la coimputada, testimonio del que se retractó posteriormente ante el Juez de instrucción, negándose a declarar en el acto del juicio. En la Sentencia de instancia (fundamento jurídico tercero) se considera aplicable a tales declaraciones la doctrina relativa a las declaraciones sumariales y se afirma que su lectura en el acto del juicio, ante la negativa a declarar de ambas procesadas, garantiza la contradicción. Igualmente se afirma que tal declaración se encuentra corroborada por el testimonio de referencia de los agentes policiales que comparecieron al acto del juicio.*

Tras reiterar la conocida doctrina de que las únicas pruebas que vinculan a los tribunales penales son las practicadas en el juicio oral, sin que ello prive de toda *eficacia probatoria* a las diligencias *judiciales* y *sumariales*, de concurrir ciertos requisitos, advierte que *la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial.*

Es verdad que salva cierto contenido de lo actuado por la policía: *datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción.*

Pero, obsérvese, la *salvedad no alcanza nunca a declaraciones personales.*

Y ahí ya se invoca por el Tribunal Constitucional una anterior consolidada doctrina: *"tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales'" (STC 217/1989) (STC 79/1994).*

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995 de 23 de febrero y 206/2003 de 1 de diciembre .

En el caso de la **STC 51/1995** se concedió el amparo frente a la condena fundada en la declaración de un coimputado ante la policía. Y se advirtió: *dichas declaraciones prestadas ante la policía tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECr ., por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase "preprocesal" que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECr ., tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial.*

Ciertamente se hizo allí una referencia *obiter dicta* a la eventual incorporación de la declaración policial mediante la intervención de los policías que la recibieron declarando enjuicio como testigos. Dicha posibilidad



ha de ponerse en relación con la excepción admitida en algunos casos para los supuestos en que *no es posible obtener la reiteración de la declaración ante el juez*. No cuando existe retractación precisamente en esa segunda oportunidad de declaración judicial por quien antes declaró ante la policía. Basta para entender esto con leer atentamente la **STC 7/1999** que también invoca la mayoría de la que discrepamos: A) *En cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, la STC 36/1995* , recogiendo numerosa jurisprudencia anterior, dejó establecido con claridad que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo, válida para destruir la presunción de inocencia, cuando por concurrir "circunstancias excepcionales que hagan **imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral** con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad" (fundamento jurídico 2º, con cita de las SSTC 303/1993, 283/1994 y 328/1994, entre otras). *De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo.* B) Asimismo, en cuanto a la validez probatoria del **testimonio de referencia de los funcionarios policiales** que presenciaron la identificación fotográfica del hoy recurrente tiene igualmente establecido este Tribunal que **sólo** será admisible en supuestos de "situaciones **excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal**" (STC 79/1994, fundamento jurídico 4º), siendo medio de prueba "poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso" (STC 217/1989).

En el caso de la **STC 206/2003** no se concedió el amparo porque la declaración considerada -emitida por un menor- fue emitida, si no ante un Juez, sí ante el Ministerio Fiscal en el ámbito propio de la jurisdicción de menores. Pero cuidando el Tribunal Constitucional de advertir: *por lo que respecta a las declaraciones prestadas ante la policía, la anterior conclusión resulta de la mera aplicación al caso de nuestra doctrina, ya que no concurren las circunstancias excepcionales que hicieran imposible la práctica de la prueba en la fase instructora o en el juicio, sino que, por el contrario, el menor comparece y declara tanto ante el Juez de Instrucción como en el acto del juicio, si bien retractándose de sus iniciales manifestaciones. En tales circunstancias, las iniciales declaraciones inculcatorias prestadas ante la policía no podían erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni mediante su lectura en el acto del juicio, ni aunque su resultado se hubiera introducido en dicho acto a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales . Nada más alejado de la tesis de la mayoría de la que discrepamos en este voto particular.*

Estas dos resoluciones ratifican de manera inequívoca que "**a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo**" *no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial.*

La doctrina del Tribunal Constitucional es tan tajante, y afortunadamente inequívoca, que se ocupa de tapar toda coartada para la discrepancia: Puesto que no pueden contribuir a enervar la presunción de inocencia, **se veta su acceso al juicio oral.** " *tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara conclusa la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que , obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía.*

Por eso el Tribunal Constitucional en el año 2010, como antes en los años 1989, 1994, 1995 y 2003, concluye: *Procede, en consecuencia, declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse tomado en cuenta para fundar la condena un testimonio prestado ante la policía que no reunía en este caso los requisitos de validez exigibles constitucionalmente.*

Pero en el amparo resuelto por la STC 68/2010 , también se había debatido si dicho testimonio de la persona coimputada ha sido o no debidamente *corroborado* por otros datos objetivos y, en concreto, si a tales efectos podía ser válido el testimonio de referencia de los agentes policiales.

También en el caso que juzgamos se ampara el Tribunal de instancia en la recuperación de lo declarado por la co-imputada en sede policial, con fundamento en datos supuestamente corroboradores de aquella declaración policial.

Pues bien, al respecto debemos concluir con el Tribunal Constitucional que: **En la medida en que dicho testimonio** (el de agentes policiales que acudieron como testigos al juicio oral) **es utilizado en el razonamiento explicitado por los órganos judiciales como elemento de corroboración del testimonio de la coimputada cuya**



invalidez acaba de declararse, la suficiencia o insuficiencia de tal corroboración resulta ya irrelevante en este proceso, una vez se ha declarado la falta de validez como prueba de cargo de la declaración a corroborar.

5.- En consecuencia procede, excluida aquella declaración policial de D^a Salvadora , examinar si la sentencia recoge algún elemento de cargo que justifique la entrega del dinero a la coacusada de la recurrente con la finalidad que se proclama.

El examen de la sentencia no pone de manifiesto que la argumentación de la misma sobre esa imputación cuente con otro respaldo probatorio. Y, en todo caso, la absoluta falta de datos, entre los que se proclaman probados, sobre las circunstancias de dicha entrega impiden, no ya concluir que tenía por finalidad ganar la voluntad de la destinataria para que realizase actos injustos, sino, incluso, si la entrega se hizo en atención al cargo desempeñado por la receptora.

Es muy significativo que la falta de matices en el hecho probado se supla en la fundamentación jurídica con la advertencia de que la entrega era en calidad de préstamo. A lo que ha de añadirse que nada se dice sobre la gratuidad o retribución de éste. Ni la fecha en que tal supuesto negocio de mutuo tuvo lugar.

Ha de convenirse en que tal escasez descriptiva, aunque se prescinda de la argumentativa, deja sin justificación la proclamación de los elementos del tipo de los diversos cohechos imputados. Los artículos 419 y 420 del Código Penal , que se aplican en la recurrida, por vigentes al tiempo de los hechos, exigían en el corruptor y en el corrupto una finalidad específica, relevante para dicha tipificación, que la ausencia de aquellas especificaciones históricas del comportamiento atribuido a los acusados impide proclamar de manera fundada.

Por ello debe ser *estimado* este motivo del recurso de D^a Aurora , además de los correspondientes también formulados por los coacusados respecto a esos tipos delictivos

Asimismo, la exclusión de la premisa fáctica por virtud de este motivo, acarrea la estimación del tercero en el que se denuncia la vulneración de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , ya que los hechos que subsisten como probados no constituyen el delito de cohecho imputado.

Por otro lado, en la medida que el motivo cuarto se formula como subsidiario de la no estimación de este motivo, queda sin contenido.

El motivo sexto también queda sin contenido al excluirse la condena por el delito de cohecho.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos, por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida consideración de la continuidad, en cuanto al delito de estafa por el que viene condenada. Hace al efecto protesta de ausencia de cualquier participación en la estafa, también imputada a D. Mateo , de la que sería perjudicado D. Urbano .

Manifiesta que la sentencia no proclama como hecho probado otro comportamiento de la recurrente diverso de la mera llevanza de la solicitud que le entregó D. Mateo para hacérsela llegar a la coacusada D^a Salvadora .

La recurrente no discute en este motivo la veracidad del dato que la sentencia da como probado. Lo que cuestiona es que, así limitada la hipótesis fáctica, no resulta subsumible el comportamiento de la recurrente en el tipo penal de estafa.

Y la pretensión ha de ser estimada. Si partimos del hecho probado, del mismo no deriva que D^a Aurora hubiera llegado a concierto alguno sobre esa estafa a D. Urbano . El hecho probado declara que se conocieron porque la recurrente frecuentaba la peluquería de la hermana del otro acusado y que compartieron las instalaciones que D. Mateo dedicaba a locutorio durante un cierto periodo de tiempo. También se dice en la declaración de hechos probados que ambos hicieron una entrega de dinero a D^a Salvadora , para que ésta actuara injustamente en relación a entregas de solicitudes de autorización de residencia de extranjeros. Pero este particular ha sido excluido al estimarse el anterior motivo.

Lo que no afirma tampoco el hecho declarado probado es que la recurrente mantuviera ningún tipo de contacto con D. Urbano .

En el fundamento jurídico segundo parece ampliarse el contenido de la imputación con la referencia a que ambos acusados, D. Mateo y D^a Aurora , "actuaron de consuno". No obstante, por un lado, ha de recordarse que la afirmación de los datos de hecho que constituyen el presupuesto del tipo penal deben ser afirmados como tales en la declaración de hechos probados y no en sede de fundamentación jurídica. Y, por otro lado, aunque se admitiera que en sede fundamentación jurídica fuera de recibo alguna precisión o concreción de lo ineludiblemente abarcado por el discurso histórico de aquella declaración de hechos probados, en el presente caso nada se añade de naturaleza fáctica en sede de fundamentación jurídica que justifique el aserto de la denominada "comisión del delito de estafa de consuno".



Por lo que la declaración de hechos probados resulta insuficiente para justificar la participación de la recurrente en la estafa a D. Urbano , dada la naturaleza neutral al respecto del mero dato material de que fuera portadora del documento que D. Mateo le entrega. Del mismo no cabe derivar ni contribución a la actividad de engaño a D. Urbano , ni participación en el lucro que el otro acusado obtuviera en perjuicio de éste.

El motivo se estima.

TERCERO.- El quinto de los motivos denuncia vulneración de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en la determinación de la pena impuesta por el delito de estafa.

Se relaciona este motivo con el segundo de los formulados. En efecto, subsistente la condena de la recurrente por un solo delito de estafa, sin consideración de continuidad, la estimación de la atenuante aplicada como muy cualificada, obliga a reducir en un grado la prevista para el tipo. La pena imponible discurre entre tres y seis meses de prisión. Dada la entidad del perjuicio causado y beneficio obtenido, se estima proporcionada la imposición de cuatro meses de prisión.

En esa medida se estima el motivo.

Recurso de Mateo

CUARTO.- 1.- En el quinto de los motivos (tras renunciar al tercero y cuarto) denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva. Aunque invoca el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , el cauce viene autorizado por el ya vigente artículo 852 de la citada ley procesal .

Niega la veracidad de la imputación de protagonismo alguno en los tratos con los supuestos perjudicados, y, por otro lado, que lo que los documentos cuya confección se le atribuye, tengan contenido falso.

Por la trascendencia que tendría su eventual estimación respecto a la suerte de los demás motivos, examinaremos éste en primer lugar.

2.- Dando por reproducido lo antes expuesto sobre el alcance de la garantía constitucional de presunción de inocencia, ha de convenirse que la sentencia de instancia contó con prueba directa testimonial de la realidad de la promesa de tramitación de una solicitud a nombre de D. Urbano , constituida por la declaración de éste, y cuya credibilidad no puede discutirse en este ámbito casacional, en la forma propuesta por el motivo. En ese particular, éste debe ser *rechazado* .

Pero el recurrente también niega, con más contundencia, si cabe, que tuviera relación alguna con el engaño ocasionado a D^a Margarita o que participase en cualquiera forma en los beneficios que pudiera reportar la entrega de dinero por ésta a la coacusada D^a Aurora . Y es aquí donde debemos reproducir lo ya adelantado cuando examinamos similar y paralelo motivo formulado por D^a Aurora en relación a la ausencia de todo acuerdo de ambos. La inferencia del Tribunal de instancia, partiendo del dato de compartir en algún momento instalaciones, es insuficiente para proclamar el *pactum scaeleris* con el que la sentencia recurrida justifica la imputación de coautoría de ambos en los plurales delitos de estafa.

En ese aspecto el motivo debe ser *acogido* , pues el caudal probatorio es insuficiente, en términos constitucionales, para enervar la presunción de inocencia

En cuanto al carácter mendaz de los datos incluidos en la solicitud de permiso o documentación acompañante, el motivo no puede ser acogido pues, como expone la sentencia de instancia, contó al efecto con la prueba testimonial directa tanto de D. Urbano como de D^a Bárbara , de cuyo testimonio la sentencia da cuenta en el fundamento jurídico segundo, siquiera sea al hablar del delito de estafa. Allí valora también la sentencia el indicio de que la oferta de trabajo unida hacía referencia a un trabajo para el cual no concurrían condiciones en D. Urbano .

En este aspecto el motivo debe ser *rechazado* .

En cuanto al delito de cohecho, dando por reproducido lo dicho al resolver igual motivo de D^a Aurora el motivo debe ser *estimado* .

SEGUNDO.- El segundo de los motivos, que también cuestiona la premisa fáctica de la sentencia recurrida, se ampara en el ordinal 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Su desestimación se impone ante la ausencia de invocación de documentos que acrediten el error que se denuncia. En realidad el motivo no va más allá de la protesta, ya tratada en el fundamento anterior, de que no existe prueba que justifique la proclamación de hechos probados.

Por ello el motivo debe rechazarse en cuanto formulado por este cauce.



TERCERO.- En el primero de los motivos el recurrente, acogiéndose al cauce establecido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pretende que se declare vulnerado el artículo 249 del Código Penal por estimar que no le es imputable el delito de estafa por el que viene condenado.

Este delito se imputa por la sentencia recurrida por razón del engaño causado al ciudadano extranjero D. Urbano , del que obtuvo, según se declara probado, 5000 euros, so pretexto de que le tramitaría una solicitud de autorización de residencia, que sin embargo no se tramitó, sino que solamente se aparentó tramitar, ocultando esa inactividad bajo la obtención de un sellado en el documento de solicitud.

Frente a esa imputación el motivo alega que se limitó a ceder parte de su establecimiento a la coacusada D^a Aurora , sin que él tuviera participación alguna en la preparación o tramitación de esa solicitud.

2.- El cauce procesal elegido no autoriza a cuestionar el hecho probado. Conforme impone el artículo 849.1 de la ley procesal invocada, ha de partirse en su planteamiento de los hechos "dados" como probados. Por ello el debate casacional que autoriza se circunscribe a la corrección de la subsunción del hecho en la norma y a la consecuencia jurídica que deriva de ello.

Sin embargo el recurrente, en este motivo, contradice frontalmente esa declaración de lo probado que hace la sentencia recurrida, insistiendo en su negación de toda actuación en relación al perjudicado D. Urbano , cuya declaración cuestiona. Pero tal línea de defensa habría de acogerse a otros cauces procesales y cumplir los requisitos que éstos imponen. Precisamente en ese otro cauce, tal como expusimos en el motivo anterior, se ha desestimado la modificación del hecho probado en lo concerniente a este delito.

También argumenta el recurrente que mal puede hablarse de estafa si, al mismo tiempo, se afirma que el supuesto perjudicado, D. Urbano , obtuvo el permiso administrativo, cuya no tramitación, por otra parte, la sentencia afirma que constituye el núcleo central de la estafa, en la medida que su promesa era falsa.

Sobre este aspecto volveremos al examinar el delito de falsedad, pero valga ahora recordar que lo que la sentencia no proclama expresa e inequívocamente, es que **esa** obtención por D. Urbano del permiso de residencia fuera efecto de la tramitación de la supuesta tramitación asumida por el recurrente como contrapartida del dinero que obtuvo del perjudicado.

Por ello el motivo se *rechaza* .

Sin embargo, en lo que concierne a la comisión, que se le imputa, del delito de estafa, por el que es condenada la otra recurrente, y en el que fuera perjudicada D^a Margarita , la estimación del anterior motivo por vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, acarrea la estimación de este otro. Si no cabe tener por probada la participación en esa acción de engaño y perjuicio desplegada por la coacusada, el recurrente tampoco puede ser tenido por responsable penal de la misma. Y, al hacerlo, la sentencia de instancia vulneró el artículo 249 del Código Penal . El motivo en este aspecto se *estima* .

CUARTO.- 1.- Dentro del primero de los motivos, en un apartado segundo, y también por el cauce de infracción de ley previsto en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se impugna con separación, la condena por el delito de falsedad

Niega el recurrente la autoría de la *tramitación* de la solicitud que, por otra parte, derivaría de una solicitud en la que no se ha acreditado que los datos que contiene o adjunta sean *falsos* , ni quien ha sido el *autor* de tal mendacidad.

2.- Sin necesidad de examinar estas dos últimas cuestiones, y dado que se denuncia la vulneración del artículo 392 del Código Penal , ha de examinarse si la tipificación que realiza la sentencia se justifica desde los hechos que se declaran probados.

La sentencia recurrida estima que los actos mendaces imputados al recurrente, consistentes en hacer constar en la solicitud de D. Urbano datos no veraces, y acompañar un documento de oferta de trabajo que no es veraz, constituyen delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 390.1 en relación con el 392 del Código Penal .

Argumenta la sentencia que concurren los presupuestos fácticos de mutación de verdad y que la misma se instrumenta en un documento. Además de concurrir el dolo falsario.

La sentencia se cuida de decir, en sede de fundamentación jurídica, que los datos falsos "se incorporaron a un expediente administrativo y produjeron efectos en el seno de la Administración Pública". Lo que les conferiría la calidad de documentos oficiales

3.- En efecto ha sido doctrina jurisprudencial pacífica que el *documento "ab initio" privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración*



pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial (SS TS de 31 de mayo , y 17 de julio de 1995 , 17 de mayo y 19 de septiembre de 1996 y 4 de diciembre de 1998) entre otras siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado. (STS de 16 de octubre de 2002).

En el caso que juzgamos no cabe predicar simultáneamente que, por un lado, la documentación relativa a D. Urbano fue sellada únicamente para aparentar falsamente su tramitación administrativa, pese a que ésta estaba ineludiblemente abortada, al no seguirse el protocolo de previa cita y anotación correspondiente en el registro al efecto, y, por otro lado, proclamar que el destino a la efectiva tramitación administrativa de ese documento da lugar a la conversión de su naturaleza privada en la de documento oficial.

Por otra parte, como ya dejamos antes señalado, ningún apartado de la declaración de hechos probados afirma de manera inequívoca que la concesión de residencia, que D. Urbano manifiesta haber obtenido, tenga su origen en la presentación de esa documentación que la sentencia proclama no veraz.

Por ello no cabe subsumir los hechos, tal como han sido "dados" por probados, en el tipo penal del artículo 392 en relación con el 390.1. 2º y 3º del Código Penal . Y, finalmente, es claro que, al no haberse formulado acusación por falsedad de documento privado, no procede entrar a examinar si concurren o no los presupuestos típicos de tal modalidad del delito de falsedad.

El motivo debe ser por ello *estimado* .

QUINTO.- En el tercero de los apartados del motivo numerado como uno se impugna, también al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , la vulneración del artículo 423 del Código Penal en cuanto se condena al recurrente como autor de un delito de cohecho.

Damos por reproducido lo que dijimos en el fundamento jurídico primero de esta nuestra sentencia en relación ahora a este recurrente. Por ello estimamos este motivo.

Recurso de Salvadora

SEXTO.- En el primero de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la vulneración del artículo 390 del Código Penal por entender que los hechos, tal como son declarados probados, no pueden subsumirse en los tipos penales que describen los párrafos 2º y 3º del apartado uno de aquel precepto.

Estima que el estampado de un sello y fecha, en el documento que contenía la solicitud de autorización de residencia, no satisface la exigencia típica de simular un documento, ni la de suponer la intervención, en realidad inexistente, de alguien en un acto determinado o la expresión de manifestaciones de ese alguien que, en la realidad, no habría emitido. En realidad, añade, lo único que proclama la sentencia es que tal estampación, y subsiguiente proclamación de que tal documento se había presentado ante la Administración a la que el sello corresponde, se llevó a cabo sin que fueran seguidos los protocolos de solicitud y anotación previa de cita del interesado y presencia física de éste en la presentación del documento. Lo que entrañaría una irregularidad pero no una manifestación no veraz.

Pero la sentencia no se acomoda, en cuanto a lo que proclama, a esa versión de la recurrente. Lo que la sentencia dice es que aquella manifestación implícita en el estampado del sello -incorporación del documento que la recibe a un procedimiento administrativo- era mendaz, porque tenía como única finalidad "aparentar" tal presentación e incorporación, no real, como parte del engaño constitutivo de la estafa, imputada a la persona que presentó el documento precisa y solamente para obtener que se le imprimiera el citado sello.

Por ello este motivo no puede ser estimado. En efecto, en la medida que la persona que utiliza el sello, actúa conociendo que lo que tal acto manifiesta no ocurre en la realidad, está atribuyendo a la Administración, por medio de dicha persona, la proclamación de un contenido que no se corresponde con la realidad

Irrelevantes son, por otra parte, las alusiones de la recurrente a su no participación en la falta de verdad del contenido de la solicitud de D. Urbano , y de la de los documentos que la acompañaban. Porque no es tal falsificación la que la sentencia de instancia imputa a esta recurrente.

SÉPTIMO.- 1.- Mejor suerte ha de seguir al segundo de los motivos. En él se alega que la proclamación como hecho probado de la sentencia imputando a la recurrente tanto el ser la persona que estampó el sello en la documentación presentada por D^a Aurora , como el haber recibido dinero a tal efecto, implica vulneración del artículo 24.2 de la constitución . Cita que se hace no sin error, al señalar que el mismo garantiza el principio "*in dubio pro reo*", cuando se quiere decir, y eso es lo que el citado artículo proclama, presunción de inocencia.



En el motivo segundo del recurso efectivamente se combate, como huérfana de prueba que lo justifique : **a)** la afirmación de que fue la recurrente la persona que estampó el sello en las solicitudes que se dicen presentadas en su oficina, y **b)** que lo hizo como contrapartida a la recepción de dinero a esos efectos.

Alega la recurrente que cabe racionalmente inferirse un resultado probatorio diferente y contrario al proclamado por la sentencia. Recuerda que la causa fue seguida también por otros hechos, en los que se imputaba la tramitación de solicitudes de otras personas con el mismo procedimiento de actuación de la coacusada D^a Aurora y de la recurrente (las de D^a Sandra o D. Braulio). Y se evidencia la exclusión de cualquier participación de la recurrente porque en tales casos ésta ya no desempeñaba funciones en la oficina. Y postula que la evidencia que le excluye de tales actos, sobre los que no recayó decisión alguna de condena, implican que tampoco habría tenido participación en los actos por los que viene condenada. Añade que, ni era su función recibir la documentación de los particulares, ni recibió dinero a tales efectos, y que sí había otras personas que como funcionarios tenían encomendada tal función.

2.- La doctrina antes expuesta sobre el contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia nos lleva a examinar, en primer lugar, si la sentencia ha contado con medios de prueba que sean válidos para enervar la garantía constitucional y si los que tengan tal condición justifican objetivamente la consideración como veraz de la imputación, tanto en los elementos objetivos como subjetivos de aquélla.

Solamente si no existe un vacío probatorio para dicha justificación, habrá de entrar a examinarse si otros elementos de prueba reportan "buenas razones" para hacer dudar razonablemente de aquella veracidad de la imputación o conferir a la tesis alternativa expuesta por el imputado de dicha razonabilidad.

Ya expusimos antes que la argumentación de la sentencia, para establecer la participación de esta acusada, en ambos hechos, **a)** y **b)** a que acabamos de referirnos, parte de la aceptación de lo manifestado por la imputada ante los agentes de policía como elemento de prueba válido. Y que niega que sean creíbles sus retractaciones, al declarar ante el Juez de instrucción y en el juicio oral.

Pero, por las mismas razones que expusimos en el fundamento jurídico Primero, apartado 4, de esta sentencia, hemos de rechazar la utilización de aquella declaración policial para enervar la presunción de inocencia de la recurrente.

Y, excluido ese medio probatorio, la doble imputación, de falsedad y cohecho, queda huérfana de todo aval, en pleno vacío probatorio. Lo que, como dejamos expuesto, hace innecesario incluso examinar las argumentaciones que la recurrente expone para fundar su tesis de no participación ni en la estampación del sello en los documentos, ni para recibir dinero con la finalidad de llevar a cabo aquella estampación.

Por lo que el motivo debe ser estimado, haciendo innecesario el examen del tercero.

Recurso del Abogado del Estado

OCTAVO.- La representación del Estado protesta, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que la imposición de responder subsidiariamente de la indemnización de perjuicios vulnera lo dispuesto en el artículo 121 del Código Penal que es el que, en la sentencia de instancia, se invoca para justificar dicha responsabilidad.

Y hemos de aceptar tal motivo, más, si cabe, cuando la funcionaria acusada que había sido condenada en la instancia, resulta ahora absuelta. En efecto aquel precepto, impone la responsabilidad civil de manera subsidiaria, no directa de la Administración Pública, cuando se declara la responsabilidad penal de un sujeto en el que concurra alguna de las condiciones de "autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones", además de que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos.

Pues bien, sin entrar a considerar este último requisito, es claro que ni D^a Aurora ni D. Mateo están revestidos de aquella condición.

Por ello falta el presupuesto esencial para declarar la responsabilidad civil contra la que se alza el motivo que, por ello, se estima.

NOVENO.- Debiendo declarar de oficio las costas de todos los recursos interpuestos, conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** a los recursos de casación interpuestos por Aurora y Mateo , y debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por



Salvadora y por la **Abogacía del Estado**, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Madrid** con fecha **10 de mayo de 2010**, por delitos de estafa, cohecho y falsedad en documento oficial. Sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Declarando de oficio las costas derivadas de los presentes recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución y la que a continuación se dicte a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil doce.

En la causa rollo nº 88/2007, seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 6826/2004, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 26 de Madrid, por delitos de estafa, contra **Aurora**, nacida en Madrid, el 27-7-1968, hija de Antonio y de Consuelo, con DNI nº NUM000 Mateo, nacido en Cali del Valle (Colombia) el 16-11-1957, hijo de Guillermo y Emilia, con NIE nº NUM001 y Salvadora, nacida en Tabara (Zamora) el 16-6-1956, hija de Alfonso e Inés, con DNI nº NUM002, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 10 de mayo de 2010, que ha sido recurrida en casación por los procesados y por el Abogado del Estado, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admite la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia con las siguientes exclusiones:

- a) No consta que fuera D^a Salvadora quien estampó el sello de entrada a la solicitud de D^a Margarita que a tal efecto presentó a persona desconocida la acusada D^a Aurora
- b) No consta probado que D^a Salvadora recibiera de D^a Aurora y D. Mateo la cantidad de 6500 euros a cambio de que ésta estampara el sello de entrada en las solicitudes que le presentasen aquéllos.
- c) No consta probado que D^a Aurora y D. Mateo actuaran de acuerdo en que ambos engañaran a D. Urbano y D^a Margarita y con propósito de común beneficio.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- Por las razones dichas en la sentencia de casación, no cabe estimar cometidos ninguno de los delitos de cohecho imputados, ni atribuir a D. Mateo y D^a Aurora más que un delito de estafa a cada uno de ellos. Tampoco cabe estimar cometido ningún delito de falsedad en documento oficial, ni por el particular D. Mateo ni por la funcionaria interina D^a Salvadora ..

2.- Concorre la circunstancia analógica de dilaciones indebida como muy cualificada, tal como ha sido declarada en la instancia sin que ello fuera objeto de recurso.

3.- Para determinar la pena a imponer hemos de partir de lo dispuesto en el artículo 66.1.2^a del Código Penal, rebajándose en un grado la pena prevista para la estafa que se establece en el artículo 249 del mismo Código Penal, sin ir más allá de su mitad inferior. Fijamos así la pena en cuatro meses de prisión.

4.- Por lo que concierne a la responsabilidad civil hemos de partir de que la sentencia de instancia excluye la indemnización a D. Urbano a consecuencia del principio dispositivo ya que tal indemnización no fue solicitada. Y fijamos la que corresponde a D^a Margarita en la misma cuantía que se fija en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia que no ha sido tampoco objeto de queja en ninguno de los recursos.

5.- No ha lugar a imponer responsabilidad civil al Estado. Por aplicación del artículo 121 del Código Penal ya que ningún funcionario ha sido condenado. Dicho precepto impone la responsabilidad de las Administraciones Públicas como subsidiaria del responsable penal cuando éste mantenga con aquélla alguna de las relaciones que indica el precepto. Lo que no ocurre ni en D^a Aurora ni en D. Mateo .



6.- La condena en costas de la instancia ha de circunscribirse a la parte proporcional atendidas las personas acusadas y los delitos imputados.

III. FALLO

Que debemos **condenar y condenamos** a Aurora y a Mateo como autores criminalmente responsables cada uno de ellos de un delito de estafa con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de **cuatro meses de prisión** a cada uno de ellos y al pago de una décima parte de las costas causadas, declarándose de oficio otras ocho décimas partes de las mismas.

Aurora indemnizará a Margarita en 5.2000 euros.

Debemos **absolver y absolvemos** a **Mateo** de otro delito de estafa y de los de falsedad y cohecho por los que venía condenado, y a Aurora le **absolvemos** de otro delito de estafa por el que venía penada y por el de cohecho, así como del delito de falsedad del que ya había sido absuelta en la instancia. Y **absolvemos** a **Salvadora** de los delitos de falsedad en documento oficial y cohecho por los que había sido condenada. También **absolvemos** al **Estado** de la responsabilidad civil que le había sido impuesta con carácter subsidiario.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

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