

Roj: **STS 1563/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:1563**Id Cendoj: **28079120012012100139**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **15/03/2012**Nº de Recurso: **1042/2011**Nº de Resolución: **162/2012**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil doce.

En los recursos de casación que ante Nos penden, interpuestos por **INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRACCIÓN DE LEY y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA** por Ovidio y Segismundo y por **INFRACCION DE LEY** interpuesto por Carlos Francisco y Natividad en causa seguida a los mismos por delito de **ESTAFA**, contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha veintiocho de marzo de 2011, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo prevenidos por la ley, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los dos primeros recurrentes representados por la Procuradora Sra. D^a Rosa M^a Pardo Moreno y los dos últimos representados por el Procurador D. Carlos Plasencia Ballés; y como recurrido D. Anibal , representado por la Procuradora D^a Matilde Marín Pérez.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción N^o 2 del Puerto de la Cruz instruyó Procedimiento Abreviado con el N^o 23/2006 y una vez concluso lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que con fecha 28 de marzo de 2011, dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Los acusados Ovidio , Segismundo , Carlos Francisco y Natividad , puestos de común y previo acuerdo, y guiados todos por idéntico ánimo de obtener un ilícito beneficio económico a costa del ajeno patrimonio, urdieron un plan para conseguir el desembolso por parte de Anibal , de un importe total de 22 millones de las antiguas pesetas. Para conseguir este objetivo, en abril de 2000 se produjo una reunión entre los cuatro acusados y Anibal , que tuvo lugar en el domicilio de éste, sito en CAMINO000 , DIRECCION000 , NUM000 , del Puerto de la Cruz, en la cual, los acusados Carlos Francisco y Natividad , presentándose, para aparentar mayor solvencia, como accionistas mayoritarios de la mercantil MARAZUL GOLF COUNTRY CLUB, S.A., le propusieron un negocio consistente en que el Sr. Anibal entregaba la cantidad de 22.000.000 de pesetas, para desbloquear unas acciones de que eran titulares en Sudáfrica, con cuya operación conseguirían financiación para adquirir unos terrenos en el sur de Tenerife, respecto de los cuales ya habían abonado una opción de compra, y llevar a cabo su urbanización. A cambio del dinero prestado por el Sr. Anibal , el mismo recibiría la cantidad de 40.000.000 de pesetas, negocio éste que aceptó, movido por la apariencia de solvencia de los acusados, que aseguraban la existencia de inversores extranjeros, con cuantiosos fondos y la aportación de documentos que aparentemente avalaban la operación financiera inmobiliaria, la rapidez de la operación ofrecida y la confianza que tenía depositada en el acusado Ovidio , así como considerando la posibilidad de poder participar en el proyecto urbanístico que se llevaría a cabo en el sur de la isla.

Con el objeto de materializar el acuerdo, el Sr. Anibal autorizó al acusado, Ovidio , como administrador único de la mercantil CORUVINO RAN, S.L., en fecha 19 de abril de 2000, a retirar de la entidad mercantil Banco Popular de La Orotava, la cantidad, en efectivo, de 22.000.000 de pesetas, cantidad que, debía ser modificada a un talón bancario equivalente a la referida cantidad, en dólares USA (123.547,32 dólares americanos) y



talón que, a su vez, debía ser transportado al banco STÁNDAR BANK de Sudáfrica, por el también acusado Segismundo , quien finalmente, lo entregó en esta Isla personalmente a los acusados Carlos Francisco y Natividad , que lo ingresaron en cuenta bancaria de su titularidad de BBVA en Los Cristianos.

El ingreso bancario por importe de 40.000.000 de pesetas a favor del Sr. Anibal nunca tuvo lugar".

SEGUNDO.- La Sala de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

FALLO: "Que debemos condenar y condenamos a Ovidio , Segismundo , Carlos Francisco y Natividad , como autores penalmente responsables de un delito de estafa ya definido, concurriendo la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena, para cada uno de los acusados, de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, multa de tres meses con cuota diaria de 10 euros sujeta a responsabilidad personal subsidiaria conforme al artículo 53 del C.P . en caso de impago, así como al pago, a cada uno de los acusados, del 25% de las costas procesales causadas.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar, conjunta y solidariamente a Anibal en la cantidad de 132.222,66 euros, por la cantidad abonada por este último y que nunca le fue restituida, con aplicación de los intereses legales de dicha cantidad desde la incoación de las diligencias previas el 17 de junio de 2002.

Llévese certificación de la presente resolución a los autos principales y archívese el original.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes, previniéndoles de que contra la misma podrán interponer Recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma dentro del plazo de cinco días".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes se interpuso recurso de casación por INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRACCIÓN DE LEY y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA por Ovidio y Segismundo y por INFRACCION DE LEY por Carlos Francisco y Natividad , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de Ovidio formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva y por infracción del art. 120 del mismo Texto que impone la obligación de motivar las sentencias. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., por vulneración de los arts. 27 , 28 , 248.1 y 249 del Código Penal . TERCERO: Quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 LECrim ., al no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa.

La representación de Segismundo , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ en relación con el art. 24.2 de la Constitución Española por vulneración de los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva y por infracción del art. 120 del mismo Texto que impone la obligación de motivar las sentencias. SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la LECrim ., por vulneración de los arts. 27 , 28 , 248.1 y 249 del Código Penal . TERCERO: Quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.3 LECrim ., al no resolverse en la sentencia sobre todos los puntos que han sido objeto de la acusación y defensa.

La representación de Carlos Francisco y Natividad , formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Infracción de ley al amparo del Nº 1 del art. 849 de la L.E.Crim ., por aplicación indebida del art. 248.1 del Código Penal . SEGUNDO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la LECrim ., por error en la valoración de las pruebas documentales que obran en las actuaciones, concretamente los documentos obrantes en los folios 647 y 648.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución de los mismos sin celebración de vista, y los impugnó por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento han tenido lugar la votación y fallo prevenidos el seis de marzo pasado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La sentencia impugnada, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife con fecha 28 de marzo de 2011 , condena a los cuatro acusados, hoy recurrentes, como autores de un delito de estafa de los arts. 248 1º y 250 1 6º (hoy 5º) del Código Penal a las penas de seis meses de prisión y



multa de tres meses. Frente a ella se alzan tres recursos, los dos de los condenados Ovidio y Segismundo , con fundamentación similar y amparados en tres motivos, el primero por vulneración constitucional (presunción de inocencia y tutela judicial efectiva), el segundo por infracción de ley y el tercero por incongruencia omisiva, y el de los condenados Carlos Francisco y Natividad , amparado en dos motivos, el primero por infracción de ley y el segundo por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- El primer motivo de los recursos de los condenados Ovidio y Segismundo , que como se ha expresado tienen una fundamentación similar y por ello se pueden analizar conjuntamente, se formula al amparo de los arts 5 4º de la LOPJ y 852 de la Lecrim , fundado en supuesta vulneración constitucional, y alega infracción de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva, por estimar que no existen pruebas de que cada uno de los recurrentes estuviese de acuerdo con los otros dos condenados de nacionalidad belga, en la maquinación que determinó el engaño constitutivo de la estafa y que la sentencia no motiva suficientemente la condena.

En el desarrollo de este primer motivo de los dos recurrentes se efectúa un largo análisis de la prueba testifical practicada, para concluir que debió ser valorada de modo diferente por el Tribunal sentenciador.

Como recuerda la reciente sentencia de esta Sala 97/2012 de 24 de febrero , el derecho fundamental a la presunción de inocencia exige que la sentencia condenatoria se fundamente en una prueba de contenido incriminatorio que cumpla con las exigencias de ser:

1º) Constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos;

2º) Legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad,

y 3º) Racionalmente valorada, canon de razonabilidad que exige que desde la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba valorados justifiquen como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, así como la inexistencia de alternativas fácticas verosímiles y razonables.

TERCERO.- Aplicando dicha doctrina al supuesto actual, es clara la desestimación del motivo. En efecto la sentencia impugnada fundamenta la condena en una prueba cuya constitucionalidad y legalidad no ha sido impugnada y cuya valoración debe ser calificada de plenamente razonable.

La Sala sentenciadora contó como prueba de cargo de la estafa con la declaración testifical en el juicio oral, practicada con todas las garantías de contradicción y publicidad, del perjudicado Anibal , prueba testifical de la víctima que esta Sala ha considerado reiteradamente hábil para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, en la que no concurre ni es alegado ningún motivo previo de animadversión, que se ha mantenido firme y coherentemente desde sus primeras declaraciones y que se encuentra corroborada en aspectos periféricos pero muy relevantes por las declaraciones testificales de Antonio e Casiano .

Contó además con las declaraciones de los propios encausados que reconocen la percepción del cheque por importe de 22 millones de pesetas, así como su compromiso con la devolución de cuarenta millones y otros aspectos fundamentales del relato acusatorio.

La Sala dispuso, también, de abundante prueba documental, entre la que destaca la escritura de poder especial de fecha 19 de abril de 2000, en la que se apoderó a Segismundo para el transporte del dinero, y se describe el conjunto de la operación así como la participación en ella de Ovidio , entre otros documentos.

La Sala ha valorado razonablemente la referida prueba y motiva adecuadamente su convicción de que la participación de cada uno de los cuatro acusados en la obtención engañosa de la entrega de 22 millones de ptas. por parte del perjudicado responde a un plan claramente definido, en el que bajo la apariencia de una operación financiera internacional puramente ficticia y la promesa de un elevado interés, que evidentemente no se encontraban en condiciones de cumplir, ni tenían intención de hacerlo, obtuvieron con ánimo fraudulento de lucro un importante desplazamiento patrimonial en perjuicio del engañado.

El motivo pretende, en realidad, que se realice por este Tribunal casacional una nueva valoración de la prueba directa practicada, sustituyendo la convicción del Tribunal sentenciador por la de los propios recurrentes, pretensión carente en absoluto de fundamento pues la apreciación del Tribunal, que contó además con las ventajas de la inmediación y contradicción de las que carece esta Sala, es perfectamente razonable.

CUARTO.- Alega el recurrente Ovidio que no está acreditado el concierto previo con los ciudadanos belgas, pues fue el perjudicado quien le condujo a su domicilio para reunirse con ellos. Olvida el recurrente que la Sala ha inferido razonablemente el concierto del hecho de que fue este recurrente quien trabó la relación inicial con el perjudicado y se ganó su confianza así como quien le presentó a Segismundo , que a su vez fue quien montó la reunión con los belgas en la que se presentó la operación que constituyó la "puesta en escena" de la estafa.



En esta reunión participó el recurrente, junto con todos los demás partícipes en el montaje engañoso y en ella se concertó su intervención en la recepción del dinero, y en su transmisión a su amigo Segismundo . Fue a este recurrente, dada la mayor confianza que atesoraba del perjudicado, a quien se le encomendó la función más delicada de recibir y manejar el dinero, que obviamente el perjudicado no deseaba entregar directamente a los belgas, con los que tenía una menor relación y confianza, quedando esta intervención esencial del recurrente registrada y acreditada en la escritura notarial de poder a nos hemos referido, ofreciendo además el recurrente la posibilidad de utilizar su cuenta en divisas para facilitar la operación.

Alega, a su vez, el recurrente Segismundo , que no concurre prueba de su intervención en la operación, más allá de que se le encargara transportar el dinero a Sudáfrica, encargo que desconocía dado que no intervino personalmente en el otorgamiento del poder en el que se le encomendaba esta función. Omite su participación esencial al ser quien condujo al perjudicado, una vez ganada su confianza, hasta los ciudadanos belgas que presentaron el montaje en una reunión en la que el recurrente no solo participó sino que promovió, pues conocía a las dos partes, siendo esencial para que el engaño prosperase el refuerzo que con su presencia y cooperación aportó el propio recurrente. Constituye una deducción acorde con las normas de la experiencia y plenamente razonable, que la intervención de los dos ciudadanos españoles que se habían ganado la confianza de la víctima, fue decisiva para viabilizar el engaño armado por los ciudadanos belgas que aportaban supuestamente la solvencia, y que solo la garantía que proporcionó a la víctima la participación e iniciativa de sus dos supuestos amigos, posibilitó que el engaño pudiese prosperar. Buena prueba de ello es, precisamente, que en el momento crucial de hacer entrega del dinero, el perjudicado quiso que éste estuviese en todo momento controlado por las dos personas en las que erróneamente confiaba, encargando a Ovidio la retirada del dinero y a Segismundo su transporte.

En definitiva la sentencia condenatoria se fundamenta en una prueba de contenido incriminatorio constitucionalmente obtenida, a través de medios de prueba válidos, legalmente practicada, con respeto a los principios básicos de imparcialidad, contradicción y publicidad, y racionalmente valorada pues aplicando la lógica y las reglas de la experiencia los medios de prueba valorados justifican como objetivamente aceptable la veracidad del relato en el que se fundamenta la acusación formulada, sin que existan alternativas fácticas verosímiles y razonables que puedan explicar el conjunto de la operación realizada sino es a través de la participación en el engaño de todos los condenados.

En consecuencia, no cabe apreciar vulneración alguna del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ni tampoco del derecho a la tutela judicial efectiva pues la sentencia está razonada y razonablemente motivada.

QUINTO.- El segundo motivo de ambos recursos, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , alega indebida aplicación del art 248 1º del Código Penal . Consideran los recurrentes que no concurre engaño bastante, pues el perjudicado era persona con experiencia empresarial y formación universitaria, y no se le puede engañar simplemente con una promesa de obtención de un importante beneficio en una operación que comportaba la entrega de una relevante cantidad de dinero. Discrepan además los recurrentes en determinados aspectos del relato fáctico.

Como señalan las sentencias de 26 de junio y 29 de septiembre de 2000, núm. 1128/2000 y núm. 1469/2000 , respectivamente, 22 de abril de 2004 y 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 , entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999 , 26 de junio de 2000, núm. 634/2000 y 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 , entre otras) considera como engaño «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

SEXTO.- En el caso actual ha de considerarse el engaño articulado como perfectamente idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. En efecto, respetando el hecho probado, como constituye norma inexcusable en un motivo por infracción de ley, los acusados, puestos de común acuerdo y guiados por el ánimo de obtener un ilícito beneficio a costa del patrimonio de la víctima, urdieron un plan consistente en simular una operación urbanística con importante financiación internacional, y aprovechando la amistad del perjudicado con Ovidio y la confianza que había depositado en Segismundo , obtenida en operaciones anteriores, se reunieron en su domicilio con dos ciudadanos belgas, Carlos Francisco



y Natividad , también partícipes en la operación y condenados en la sentencia, que aparentaban una gran solvencia, presentándose como accionistas mayoritarios de la mercantil Marazul Golf Country Club SA.

Éstos le propusieron participar en una operación consistente en la urbanización de unos terrenos en el sur de Tenerife, para los que ya disponían de una opción de compra, que le exhibieron, alegando que necesitaban con urgencia la cantidad de 22 millones de ptas., con la que podrían desbloquear unas acciones de las que disponían en Sudáfrica. El préstamo de este dinero generaría unos importantes beneficios en muy corto plazo, pues con el desbloqueo de las acciones podrían obtener de forma inmediata fondos cuantiosos, además de la participación de importantes inversores extranjeros y así acometer la operación urbanística. Por ello se comprometieron en firme con el perjudicado a abonarle la cantidad de 40 millones de ptas. en muy poco tiempo (entre cuarenta y sesenta días), si a través del anticipo de los 22 millones materializado en la entrega de un talón que se remitiría a un determinado Banco Sudafricano, les facilitaba el desbloqueo de las acciones y la posibilidad de obtener los fondos necesarios para materializar la operación urbanística supuestamente proyectada.

La apariencia de solvencia de los acusados extranjeros, la confianza previamente ganada por los intermediarios, la "mise en scène" que incluía la aportación de documentos que aparentemente avalaban la operación financiera e inmobiliaria en la que se le ofrecía participar y el compromiso de inmediata devolución del dinero, anticipado solo para desbloquear las acciones, con un importante beneficio, movieron engañosamente el ánimo del perjudicado a autorizar a su amigo Ovidio , concertado con el resto de los acusados, para que retirara del Banco la referida cantidad, que debía remitirse o transportarse al Standard Bank de Sudáfrica a través de Segismundo , lo que se documentó notarialmente. Pero en realidad el dinero fue entregado directamente a los acusados extranjeros e ingresado por éstos en una cuenta a su nombre en la propia isla de Tenerife, haciéndolo suyo, sin devolver al perjudicado la cantidad engañosamente sustraída ni abonarle la suma concertada como contraprestación, abono que nunca tuvo lugar.

SÉPTIMO.- El engaño, tal y como se describe, era y fue absolutamente idóneo y suficiente y creó «en otro», es decir en el perjudicado, una representación que no se correspondía con la realidad. Por ello el engaño empleado en el caso actual, delimitado tanto por la característica de ser bastante como por la idoneidad para generar el error en otra persona, es claramente subsumible en el tipo penal de la estafa.

Las maniobras fraudulentas recogidas en el hecho probado desplegadas por el conjunto de los acusados cumplen con el juicio de previsibilidad objetiva, pues, desde luego, era previsible para los acusados y deliberadamente buscado por ellos que con dichas maniobras se generaría un error en el perjudicado que motivaría un acto de disposición; para esta valoración hay que tomar en consideración la calidad del engaño (recuérdese la puesta en escena elaborada, la confianza previamente generada, la documentación presentada, la solvencia simulada por los ciudadanos belgas Carlos Francisco e Natividad , la conexión internacional con un Banco Sudafricano, es decir la aparente garantía de representar a un grupo financiero internacional con experiencia y solvencia) de la que racionalmente se deduce que el engaño generó deliberadamente el peligro de lesionar el patrimonio ajeno.

Este riesgo creado por el engaño (caracterizado por ser bastante e idóneo para producir el error) se concretó en el resultado típico, esto es, en el perjuicio patrimonial. El hecho probado pone de manifiesto que efectivamente las cosas ocurrieron así. La concreción del riesgo se materializa en el perjuicio sufrido por el perjudicado, que efectuó el desplazamiento patrimonial en beneficio de los generadores del engaño, por lo que a dicho engaño se le debe imputar el perjuicio. La relación causal entre engaño y perjuicio es clara.

OCTAVO.- Concurren, en consecuencia, los presupuestos básicos y esenciales del delito de estafa: 1º) el engaño que ha generado un riesgo (jurídicamente desaprobado) para la producción del error; 2º) el error que efectivamente se produce, por lo que el riesgo patrimonial generado se concreta en la realización de un acto de disposición; y, 3º) es este acto de disposición el que provoca el perjuicio patrimonial para la víctima y el beneficio ilícito para los acusados concertados en la maniobra fraudulenta.

El relato de hechos probados deja claro que el acto de disposición (la entrega de 22 millones de ptas.) es la concreción del error en que incurre la persona que tomó la decisión de prestar ese dinero exclusivamente motivada por el engaño desplegado, (engaño que incluye obviamente la falsa promesa de un beneficio relevante, pues solo esa promesa resulta idónea para vencer la natural resistencia de la víctima a desprenderse de su dinero), y no hay dato alguno que permita sostener de modo verosímil que el acto de disposición respondió a razones distintas a las indicadas. No existe una alternativa fáctica verosímil y razonable que pueda explicar lo ocurrido sin tomar en consideración la concurrencia del engaño descrito en los hechos probados.

Así pues, como dijimos, el acto de disposición fue la concreción del riesgo. Lo pretendido y previsto con el engaño (la entrega a cuenta de 22 millones de ptas.) fue, precisamente, lo obtenido, por lo que el curso causal puesto en marcha con el engaño era precisamente el que se buscaba, como ya se ha expresado.



Por último, ha de indicarse que en estas relaciones de riesgo el comportamiento de la víctima no fue determinante, pues, es claro que no nos encontramos ante un engaño burdo, sino ante una maniobra bien planificada y desarrollada con cierta maestría, conduciendo a la víctima, a partir de la confianza inicialmente generada, la apariencia de solvencia, la intervención de los ciudadanos belgas, la simulación de una compleja operación financiera internacional, la promesa o cebo de una ganancia sustanciosa y legítima, racionalmente explicada por la urgente necesidad de liberación de las acciones que generaría de modo inmediato una copiosa financiación, etc. hasta la materialización del riesgo, entregando el dinero y recibiendo después excusas y pretextos para evitar su devolución y el cumplimiento de la contraprestación comprometida. No nos encontramos, en consecuencia, ante una operación comercial que genera una deuda, sino ante una estafa manifiesta, que ha sido sancionada de forma correcta por el Tribunal sentenciador.

En esta operación todos los acusados tenían el dominio funcional del hecho, pues los cuatro han formado parte del mismo en su fase ejecutiva, como se deduce del relato fáctico. Los cuatro se reunieron con el acusado en su domicilio para proponerle la operación, y después la división del trabajo es evidente, uno generaba una relación de amistad y después se encargaba de retirar el dinero (Ovidio), otros, los ciudadanos belgas (Carlos Francisco e Natividad), aparentaban solvencia y proporcionaban la cobertura internacional de la operación financiera y el otro (Segismundo) aportaba su refuerzo personal en la articulación del engaño y, al tiempo, canalizaba la salida del activo patrimonial, pues se presentaba como el encargado de trasladar el dinero a Sudáfrica. Las contribuciones de todos los acusados se reforzaban y complementaban y eran esenciales desde el punto de vista del plan decidido de común acuerdo por ellos. Es correcta, en consecuencia, la condena de todos ellos en calidad de coautores.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado

NOVENO.- El tercer motivo de estos dos recursos, al amparo del art 851 3º de la Lecrim , alega incongruencia omisiva, por no resolverse en la sentencia todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa. Alegan los recurrentes que existen contradicciones entre las declaraciones de diferentes testigos que no han sido aclaradas por la sentencia impugnada.

La llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de atendimiento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte -integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 23 de junio, 8/1998, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y 3 de octubre de 1997, entre otras muchas).

La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes: **1)** que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho; **2)** que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno; **3)** Que se traten de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión; **4)** que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la resolución (S.T.S. 771/1996, de 5 de febrero , 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio).

En el caso actual no concurren los referidos requisitos, pues las cuestiones a las que se refieren los recurrentes no son jurídicas sino fácticas, y se relacionan exclusivamente con la discrepancia de los recurrentes con la valoración probatoria, por lo que no se menciona ninguna pretensión jurídica, en sentido propio, que no haya sido resuelta en la sentencia, y el motivo carece del menor fundamento.

DÉCIMO.- El primer motivo del recurso de los otros dos condenados, Carlos Francisco y Natividad , alega infracción de ley al amparo del art 849 1º, por estimar que el proyecto planteado era un negocio real, y el dinero percibido se envió a un bróker para que consiguiese financiación, lo que no se consiguió, por lo que en realidad lo que se promovió por los recurrentes fue un negocio civil, que no prosperó, y no una estafa penal.

El cauce casacional elegido exige el respeto del relato fáctico. En éste, como ya se ha analizado al resolver los recursos de los demás condenados, se describe con claridad un comportamiento delictivo integrador de una estafa, y no un mero incumplimiento civil, por lo que el motivo no puede prosperar.

El artificio fraudulento descrito en el hecho probado estaba manifiestamente dirigido a generar un error en el perjudicado y a provocar un acto de disposición en beneficio ilícito de los recurrentes. El engaño es idóneo



teniendo en cuenta la elaborada puesta en escena por los recurrentes, la confianza previamente generada por los que actuaron como gancho para atraer al perjudicado, la documentación presentada, la solvencia simulada, la supuesta conexión internacional, la falsa afirmación de que el pago urgente de 123.000 dólares podría desbloquear unas acciones embargadas y aportar en muy breve plazo una cantidad de dinero muy superior, etc. todo lo cual estaba encaminado a generar el error para lesionar el patrimonio ajeno y era «bastante» a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa. Como ya se ha expresado el engaño ha de considerarse suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, teniendo la suficiente entidad para actuar en la convivencia social como un estímulo eficaz del traspaso patrimonial.

UNDÉCIMO.- En este motivo de recurso subyace, como en los correlativos de los otros dos recurrentes, el traspaso de la responsabilidad de la acción delictiva a la propia víctima, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberle permitido superar el engaño.

Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por **un engaño burdo** o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque **una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño.**

Ahora bien, una cosa es la exclusión del delito de estafa de supuestos de " *engaño burdo*", o de " *absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia* ", y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Como señala la STS de 28 de junio de 2.008 " *el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección*".

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea que " *Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado*".

Es conveniente, en consecuencia, efectuar algunas consideraciones sobre la denominada victimodogmática, doctrina que desplaza la responsabilidad sobre el perjudicado en supuestos penalmente típicos en los que ha concurrido negligencia o descuido de la víctima, exigiéndole su autotutela.

DÉCIMO SEGUNDO.- El tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad.

La denominada victimodogmática subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de la civilización que los ciudadanos han hecho dejación de la violencia punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la teoría victimodogmática no es más que una forma de rebautizar soluciones ya existentes para problemas reales, extendiéndolas desmesuradamente a supuestos injustificados. La imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta



de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

En ese sentido, como ha señalado un autor destacado, *"un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas"* y en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas y que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto.

Conviene, por todo ello, matizar una cita fragmentada que se realiza en la resolución recurrida de una sentencia de esta Sala, que lamentablemente es citada con cierta frecuencia de una forma incompleta que no respeta totalmente su sentido. La sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 1988 no afirma simplemente, como recoge literalmente la sentencia de instancia (fundamento jurídico primero), que *"el derecho penal no debe convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos"*, sino que se expresa de forma más matizada, al reconocer que **el punto de vista** de que el derecho penal no **debería** convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, **es hoy una cuestión debatida**.

En concreto, lo que literalmente se señala en esta sentencia de 21 de noviembre de 1988, que expresa un punto de vista de innegable raíz académica al ser una de las primeras dictadas como ponente por un ilustre Catedrático y relevante Magistrado de esta Sala, es que *"Indudablemente en la configuración de los elementos del delito de estafa se debe tener en cuenta el comportamiento de la víctima. El derecho penal, en este sentido, no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos . La extensión de las consecuencias de este punto de vista, sin embargo, es hoy una cuestión debatida . En términos generales, de todos modos, se debe tener en cuenta que el grado de diligencia que se debe exigir a la víctima de la estafa se determinará mediante las pautas que socialmente se consideran adecuadas en una situación concreta"...* añadiendo más adelante que *"De cualquier manera, el comportamiento descuidado de la víctima no afecta en sí mismo al engaño, sino, en todo caso, a la relación de casualidad entre el engaño y el error del sujeto pasivo"*.

En definitiva, y haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. **La ley no hace excepciones a este respecto, obligando al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.**

Y, en el caso actual, es indudable que el perjudicado fue inducido deliberadamente a error por un procedimiento sofisticado, en absoluto burdo, con intervención de varias personas que se repartieron los papeles, ganándose su confianza y simulando solvencia así como un negocio inexistente. Procede, en consecuencia, desestimar este motivo de recuso.

DÉCIMO TERCERO.- El segundo motivo, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, alega error en la valoración de la prueba.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de Enero de 1.991 y 22 de Septiembre de 1.992, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849 2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes: 1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la



instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim .; 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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.

En el caso actual es claro que no concurren los referidos requisitos. En efecto, la documentación a que se refiere la defensa, el justificante privado de una transferencia al Standard Bank de Sudáfrica y un contrato, también privado, con un bróker sudafricano, no constituyen documentos fehacientes acreditativos de la equivocación del Juzgador, por su carencia de fiabilidad y porque son interpretables y se encuentran en contradicción con otros elementos de prueba. En cualquier caso solo confirmarían que se dio al dinero un destino diferente al que se había expresado a la víctima, que era la inmediata liberación de unas supuestas acciones propiedad de los recurrentes.

DÉCIMO CUARTO.- Procede, por todo ello, la íntegra desestimación de la totalidad del recurso, con imposición de las costas del mismo a los recurrentes, por iguales partes, conforme a lo prevenido en el art 901 de la Lecrim .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por **INFRACCION DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, INFRACCIÓN DE LEY y QUEBRANTAMIENTO DE FORMA** por Ovidio y Segismundo y por **INFRACCION DE LEY** interpuesto por Carlos Francisco y Natividad en causa seguida a los mismos por delito de **ESTAFA**, contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha veintiocho de marzo de 2011 . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución 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 Candido Conde-Pumpido Touron Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca **Francisco Monterde Ferrer**

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