



Roj: **SAP CO 519/2014 - ECLI:ES:APCO:2014:519**

Id Cendoj: **14021370032014100249**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Córdoba**

Sección: **3**

Fecha: **27/05/2014**

Nº de Recurso: **730/2013**

Nº de Resolución: **256/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **FELIX DEGAYON ROJO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CORDOBA

SECCION Nº 3

Pza.de la Constitución s/n, Córdoba

Tlf.: 957745072-957745071. Fax: 957002379

NIG: 1404241P20081000634

Nº Proc.: Procedimiento Abreviado 730/2013

Asunto: 301377/2013

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 49/2011

Juzgado Origen : JUZGADO MIXTO Nº1 DE MONTILLA

Contra: Romulo

Procurador: MARIA ASUNCION ALBUGER MADRONA

Abogado:. GABRIEL CAMPOS PRIETO

Ac.Part.: Severino

Procurador: FRANCISCO SOLANO HIDALGO TRAPERO

Abogado: MIGUEL ALFEREZ CARMONA

SENTENCIA Nº 256/14

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Félix Degayón Rojo

Ilmo. Sr. D. José Francisco Yarza Sanz.

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

En la ciudad de Córdoba, a veintisiete de mayo de dos mil catorce.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba ha visto en juicio oral y público la presente causa arriba referenciada, seguida por los delitos de falsedad y estafa contra Romulo , con D.N.I. nº NUM000 , hijo de Ángel Jesús y Filomena , nacido en Basilea (Suiza) el día NUM001 de 1981, vecino de Montalbán, sin antecedentes penales computables, en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Sra. Albuger Madrona y asistido por el Abogado Sr. Campos Prieto.



Ha intervenido como parte acusadora pública el Ministerio Fiscal.

Ha intervenido como parte acusadora particular D. Severino , representado por el Procurador Sr. Hidalgo Trapero y defendido por el Abogado Sr. Alférez Carmona.

Es ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Félix Degayón Rojo, quien expresa el parecer unánime de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Las presentes actuaciones se iniciaron en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Montilla como Diligencias Previas nº 669/2008, en las que se practicaron las diligencias de investigación que se estimaron oportunas para el esclarecimiento de los hechos, continuándose por el trámite de Procedimiento Abreviado con el número antes expuesto, procediendo a continuación el Ministerio Fiscal y la acusación particular a formular escrito de calificación provisional de los hechos objeto de enjuiciamiento, tras lo cual se decretó la apertura del juicio oral, presentando seguidamente la defensa del acusado sus conclusiones provisionales y remitiéndose a la Audiencia Provincial de Córdoba para la celebración del correspondiente juicio, dando lugar a la incoación del procedimiento (Rollo) mencionado a la cabeza de esta resolución.

SEGUNDO .- En su escrito de calificación provisional de los hechos, el Ministerio Fiscal consideró que los mismos eran constitutivos de un delito de estafa de los arts. 248.1 y 250.1.6º CP, y de otro delito de falsedad en documento previsto en el art. 392.1 del mismo Cuerpo Legal, en relación con el art. 390.1.3º CP, de los que era responsable en concepto de autor el referido acusado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando se le impusieran las penas de 3 años y 4 meses de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y nueve meses de multa, con una cuota diaria de 10 euros, y pago de las costas del proceso, así como a que indemnice a Severino en la cantidad de 30.400 euros, más los intereses correspondientes.

Por la acusación particular se calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa de los arts. 248.1º en relación con el art. 74 y con el art. 250.1 en sus apartados 3º, 6º y 7º CP, siendo responsable en concepto de autor el referido acusado, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitando se le impusiera la pena de 4 años de prisión y multa de diez meses a 12 euros/día, accesorias y costas, debiendo indemnizar a D. Severino en la suma de 30.400 euros más los intereses legales correspondientes.

TERCERO .- Por la defensa del acusado, en conclusiones provisionales, se solicitó la libre absolución del mismo por no haber cometido delito alguno.

CUARTO .- Con fecha 22 de mayo de 2014 se inició la vista en juicio oral de la presente causa, en la que, tras el interrogatorio del acusado, se practicaron las demás pruebas admitidas, salvo la expresamente renunciada, con el resultado que consta en el acta.

QUINTO .- En el trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, añadiendo la existencia de un concurso medial entre los delitos de estafa y falsedad, conforme al art. 77 CP, y de carácter continuado según el art. 74 CP. En la conclusión V, solicitó para el acusado la pena de 5 años de prisión y multa de 12 meses a razón de 10 euros/día, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de costas.

En igual trámite la acusación particular elevó a definitivas sus respectivas provisionales, manteniendo el delito de estafa y adhiriéndose al Ministerio Fiscal en cuanto al delito continuado de falsedad documental, por el que solicita además la pena de 1 año y 6 meses de prisión y multa de 8 meses con una cuota diaria de 12 euros.

La defensa del acusado mantuvo en conclusiones definitivas su petición de libre absolución y alternativamente consideró que el acusado era autor de los hechos denunciados, concurriendo las circunstancias modificativas atenuantes de drogadicción y de dilaciones indebidas.

Tras informar las partes en apoyo de sus pretensiones y conceder la última palabra al acusado, se declaró el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

El acusado Romulo , que era muy amigo del hijo de Severino , propietario de una empresa ubicada en la localidad de Montalbán y dedicada fundamentalmente a la comercialización de ajos, fue contratado en junio de 2004 para desempeñar sus funciones en la referida empresa, como encargado de mantenimiento, teniendo por ello acceso a las distintas dependencias de la empresa, incluidas sus oficinas.



El referido acusado, prevaleándose del acceso que tenía a dichas dependencias con motivo del cargo que desempeñaba, en fechas no concretadas se apoderó de diversos cheques y pagarés de los talonarios que la empresa tenía guardados en los cajones de las oficinas, en los cuales figuraba estampado el sello de la empresa, y procedió, por sí o por otra persona a su encargo, entre los meses de mayo de 2007 a mayo de 2008, a rellenar los mencionados efectos, consignándolos al portador y con determinadas y variadas cantidades, siempre inferiores a 900 euros para evitar los controles bancarios de identidad, así como a estampar una firma en el apartado correspondiente al librador de dichos efectos, imitando la del Sr. Severino , con ánimo de lucrarse con las cantidades cobradas.

De este modo, confeccionó al menos 10 cheques y 39 pagarés, personándose en distintas sucursales de las entidades bancarias Cajasur y Caja Rural de Córdoba ubicadas en Montilla, Aguilar de la Frontera, Montemayor, La Rambla, La Carlota y Fernán-Núñez, así como en la sucursal de la entidad Banesto de la localidad de Montalbán, a fin de hacer efectivos los cheques y pagarés al portador, los cuales presentaba al cobro, siéndoles todos ellos abonados por los empleados de las mencionadas sucursales en atención a la semejanza de la firma, a los numerosos efectos que habitualmente pagaban emitidos por el Sr. Severino , al conocimiento personal de éste y al hecho de constarles que el acusado -que habitualmente iba vestido con ropa de trabajo- era empleado de la empresa del Sr. Severino .

De este modo, el referido acusado cobró la cantidad total de 30.400 euros con cargo a las cuentas corrientes del Sr. Severino , quien reclama por ello la correspondiente indemnización.

No se ha acreditado que en la fecha de los hechos el referido acusado fuese consumidor de alcohol y drogas en cantidades tales que le hubieran provocado una alteración de la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos que se declaran probados, o de actuar conforme a esa comprensión.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Procede en primer término resolver la cuestión previa planteada por el Sr. Letrado de la defensa, consistente en la declaración de nulidad de los reconocimientos de identidad efectuados durante la actuación policial y ante el Juzgado de Instrucción. Se fundamenta dicha petición en que se exhibió a los testigos una sola fotografía, en la que todas las personas que en ella figuraban eran mujeres, salvo dos hombres, uno de ellos el acusado, con lo que se entienden vulneradas las normas que regulan la forma en que deben llevarse a cabo los reconocimientos de identidad, así como la jurisprudencia sentada al efecto. También se alegó que en tales reconocimientos no estuvo presente el Letrado de la defensa, infringiéndose con ello lo dispuesto en el art. 520 LECrim .

De la prueba documental practicada se desprende que el propietario de la empresa, Sr. Severino , al detectar pagos no ordenados por él, comenzó a realizar por su cuenta determinadas averiguaciones, al sospechar que el autor de los hechos pudiera ser una persona empleada de la misma. A tal fin tomó una fotografía correspondiente a la Navidad de 2007, en la que aparecían un grupo de trabajadores de la empresa, entre los que se encontraba el acusado y otro varón, siendo las demás personas mujeres. Dicha fotografía la mostró a los trabajadores de las sucursales bancarias en las que se habían abonado los cheques y pagarés que el Sr. Severino entendía que no habían sido expedidos por él, cuyos empleados identificaron al acusado como el individuo que se había personado en tales sucursales y había cobrado los mencionados efectos. Posteriormente, y tras formular el Sr. Severino la correspondiente denuncia ante la Guardia Civil, aportando la mencionada fotografía, varios empleados de las entidades bancarias reconocieron ante dicha fuerza al acusado cuando les fue mostrada la fotografía, reconocimientos que ratificaron posteriormente ante el Juzgado de Instrucción y en el acto del juicio oral.

Expuesto lo anterior, la Sala considera que no procede efectuar declaración alguna de nulidad. Ante todo, hemos de partir de que los testigos que identificaron al acusado ya lo conocían con anterioridad pues les constaba que era empleado de la empresa y acudía con frecuencia a cobrar -como trabajador que era de la misma- cheques y pagarés de la empresa, la cual le abonaba de este modo su salario. En tales casos de conocimiento previo de la identidad de una persona, el reconocimiento en rueda posterior resulta irrelevante, pues se conocen los rasgos de la persona que se pretende reconocer. Cabe citar en tal sentido la STS de 15 Abr. 2002 , en la que puede leerse que ".....el hecho de que el perjudicado, víctima del delito, conociera de vista al acusado y le reconociera espontáneamente por la calle, en nada afecta a la credibilidad de su testimonio inculpativo, antes bien le refuerza; no era, pues, preciso el reconocimiento sumarial en rueda, en atención a que el imputado ya estaba suficientemente identificado. Como señala la Sentencia de 1 Dic. 2000 , la ausencia de una diligencia sumarial de reconocimiento en rueda no obsta la existencia de prueba de cargo sobre la participación del acusado, cuando es reconocido como autor por la víctima en su declaración testifical del Juicio Oral. Esta Sala viene declarando reiteradamente que no es una diligencia necesaria y que solo resulta



obligada cuando previamente existan dudas sobre la identidad del autor del delito investigado (Sentencias de 2 Abr. 1993 ; 16 Ene . y 24 May. 1996), y que la Sala juzgadora puede admitir como prueba de cargo la identificación realizada a su presencia señalando el testigo a la persona que se sienta en el banquillo como el autor del hecho. Identificación cuya fuerza probatoria depende de la libre valoración del órgano sentenciador (Sentencia de 1 Oct. 1996). En igual sentido las Sentencias de 22 Ene. 1993 , 21 Oct. 1996 y 7 Mar. 1997 .".

No obstante lo anterior, y refiriéndonos al valor de los reconocimientos fotográficos que se realizan ante la Policía, como dice la STS, Sala Segunda, de 28 Ene. 2014 , "..... debemos recordar que los reconocimientos fotográficos en sede policial, por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, al ser meras actuaciones policiales que constituyen la apertura de una línea de investigación, a veces imprescindible porque no hay otro medio de obtener una pista que pueda conducir a la identificación del autor. Así hemos dicho en SSTs. 525/2011 de 8.6 , 169/2011 de 22.3 , 331/2009 de 18.5 , que entre las técnicas ampliamente permitidas a la Policía, como herramienta imprescindible para la realización de sus tareas investigadoras, se encuentra, por supuesto, la del denominado reconocimiento fotográfico, que ha sido reiteradamente autorizado, tanto por la Jurisprudencia de esta Sala como por la del Tribunal Constitucional, con ese específico alcance meramente investigador, que permite concretar en una determinada persona, de entre la multitud de hipotéticos sospechosos, las pesquisas conducentes a la obtención de todo un completo material probatorio susceptible de ser utilizado en su momento en sustento de las pretensiones acusatorias."

Por consiguiente, y como dice también la STS, Sala Segunda, de 28 Jun. 2013 , tal diligencia de investigación "..... por sí misma no tiene virtualidad probatoria, ya que va dirigida a obtener una identificación inicial de un sospechoso, el cual tendrá que ser sometido a una rueda de reconocimiento judicial, con las garantías y formalidades establecidas en los arts. 369 y ss LECrim , identificación que deberá ser ratificada en el plenario, a presencia del órgano de enjuiciamiento. No es que se trate de una identificación en el juicio oral, puesto que este medio probatorio forma parte propiamente de la fase de instrucción sumarial, a modo de prueba preconstituida, sino que sus resultados se validan en el plenario. Quiere con ello decirse que si la exhibición de fotografías es una técnica de investigación policial, la mayoría de las veces, preprocesal, huelga tacharla de nula en la identificación del acusado sencillamente porque no tiene tal finalidad, sino la de encauzar las pesquisas policiales."

De acuerdo con la jurisprudencia citada, la actuación policial consistente en la exhibición de fotografías a los empleados de las sucursales bancarias se consideraba necesaria y conveniente para el esclarecimiento de los hechos, y, en cualquier caso, como señala la STS de 26 Mar. 2013 , los reconocimientos fotográficos por sí solos no constituyen prueba apta para destruir la presunción de inocencia, aunque sí pueden tener tal eficacia cuando el testigo o los funcionarios actuantes acuden al juicio oral y allí declaran sobre ese reconocimiento que se hizo en su día.

Resulta también de especial importancia para el caso la doctrina contenida en el ATS de 2 Jun. 2010 , según el cual "..... El Tribunal Constitucional ha estimado prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia el reconocimiento efectuado en el juicio oral, sin ningún género de dudas, por parte del testigo, a pesar de las irregularidades de los reconocimientos fotográficos, o incluso de reconocimientos en rueda anteriores (SSTC 323/1993 y 172/1997). Y esta Sala ha declarado también (SSTS 177/2003, de 5-2 ; y 1202/2003, de 22-9) que "cuando el testigo señala inequívocamente a una persona durante el plenario, su fuerza probatoria radica en la credibilidad o fiabilidad del testimonio de quien realiza la identificación".

De las consideraciones expuestas se desprende que la actuación policial y judicial dirigidas al reconocimiento o identificación del autor de los hechos fueron correctas y su incorporación a la causa como material de investigación era procedente. Porque lo esencial es, como se ha dicho, que en el plenario se practique prueba de cargo suficiente, puesto que ese reconocimiento fotográfico inicial en sede policial carece de eficacia probatoria cuando no es ratificado en sede judicial, según reiterada doctrina del TS (SSTs 478/2012, de 29-5 ; y 283/2013, de 26-3 , entre otras).

En otro orden de cosas, el acusado había reconocido ante el Juzgado de Instrucción con motivo de prestar declaración, revestido dicho acto de todas las garantías constitucionales y legales, que había falsificado y cobrado parte de los cheques y pagarés objeto de la denuncia, lo que probablemente determinó que no se practicara rueda posterior. Cabe citar al respecto la STS de 18 Abr. 2001 , en la que se afirma que "..... De los elementos probatorios indicados se deduce que en el caso de autos no era necesario completar el reconocimiento fotográfico de con su identificación judicial en rueda, puesto que dicho encartado había reconocido haber estado en la panadería y en la tienda de deportes, pidiendo dinero, aunque había negado haber amenazado con unas tijeras u otro objeto metálico a las empleadas.....".

Por último, y sobre los reconocimientos efectuados ante la Guardia Civil sin la presencia del Abogado del imputado, tampoco es de estimar tal alegación efectuada por la defensa, pues, como afirma la STS de 15



Dic. 2000 , "..... La expresión «todo reconocimiento de identidad de que sea objeto», que utiliza esta última disposición procesal, no puede alcanzar a ese reconocimiento fotográfico, pues entonces aún no se conocía de modo preciso su identidad y para alcanzar esa precisión lo realizó la Guardia Civil. Sólo cuando es conocido con los datos necesarios puede ser asistido de letrado, no antes."

SEGUNDO .- Despejada la cuestión previa planteada, y valorando ya el material probatorio aportado, este Tribunal, apreciando en conciencia la prueba practicada en el plenario conforme determina el art. 741 LECrim , las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por el propio acusado, ha considerado probados los anteriores hechos en virtud de la prueba practicada en el acto del juicio con arreglo a los principios de inmediación, contradicción, oralidad, imparcialidad y publicidad.

En la valoración de las referidas pruebas se han tenido en cuenta las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria reiteradamente puestas de manifiesto por la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a la prueba en los procesos penales y su valoración. Conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativos del art. 117.3 de la Constitución , y, de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea tanto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tienen los acusados, sin que, por otro lado, pueda imponerse al acusado la carga de probar su inocencia, ya que ésta se presume cierta inicialmente, correspondiendo la actividad probatoria de cargo a las partes acusadoras.

También es doctrina consolidada de dicho Tribunal desde su sentencia 32/81 , que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el referido Tribunal también tiene manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, admitiendo como excepción los supuestos de prueba preconstituida y de prueba anticipada, siempre que se haya practicado con las necesarias garantías, y siempre que las partes no se hayan limitado a dar por reproducidas tales diligencias, sino que se incorporen al juicio con arreglo a los principios de contradicción, inmediación, publicidad y oralidad mediante su lectura en dicho acto.

TERCERO .- Con arreglo a los anteriores principios, el Tribunal ha considerado acreditados los anteriores hechos en virtud de los siguientes medios probatorios:

1.- Sobre la eficacia del reconocimiento de hechos efectuado por el acusado ante el Juzgado de Instrucción.

El acusado, al declarar ante el Juzgado, reconoció parcialmente los hechos, admitiendo haber rellenado y firmado parte de los cheques y pagarés y cobrado su importe. Sobre esta materia, la STS de 12 Feb. 2010 expone de modo exhaustivo la doctrina jurisprudencial existente, admitiendo la validez de esa declaración inculpativa sumarial pese al silencio del acusado al acogerse en el acto del juicio a su derecho constitucional a no declarar.

Así, y a diferencia de lo que ocurre cuando es la propia víctima la que, tras la incriminación realizada ante el Juzgado de Instrucción, posteriormente en el plenario se acoge al derecho a no declarar contra sus parientes (entre ellos, su cónyuge), no pueden ser "reintroducidas", mediante su lectura en el juicio oral, para hacerlas ingresar válidamente en el proceso, y ser, en consecuencia, valoradas por el Tribunal sentenciador (STS 129/2009), pues la víctima es libre de mantener o no sus declaraciones anteriores, y si no lo hace, ni existe una situación de imposibilidad de declarar (ex art. 730), ni de contradicción (ex art. 714) con lo ya declarado, por lo que no es la posible la "reintroducción en el plenario" por esa vía indirecta, distinto es el marco jurídico que, como dice la STS de 12-2-10 antes mencionada, ha concedido el TS al silencio del acusado que se produce ya en el escenario del plenario, conforme al ejercicio de un derecho constitucional del acusado (art. 24.2 CE). En efecto, afirma la mencionada sentencia que "..... puede ocurrir que el imputado, ante el juez instructor, asistido de letrado, y con lectura de sus derechos constitucionales, especialmente el de no declarar contra sí mismo, renuncie al mismo, y ofrezca, sin embargo, una versión propia de los hechos, o, como aquí ocurre -aunque niegue en su mayor parte las imputaciones que le había denunciado su esposa-, admita algunos episodios, dándoles por ciertos.

.....



El valor del silencio del acusado en el acto del juicio oral ha sido analizado desde diversas perspectivas. Primeramente, en combinación con otras pruebas, especialmente en el marco de delitos económicos, en donde habitualmente es esperable una explicación del imputado ante el cúmulo de hechos que se reflejan delante de él, y que requerirían una explicación por su parte (abundantes ingresos en sus cuentas, que no se corresponden con cualquier origen conocido, aparición de grandes sumas de dinero en su casa, depositadas de forma anómala, y fuera de cualquier costumbre social, etc.): es la denominada doctrina "Murray", admitida por el TEDH, la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta propia Sala Casacional, para valorar el silencio del acusado en función del requerimiento de una mínima explicación que no es proporcionada por aquél. En otros casos, el silencio se proyecta sobre lo previamente declarado por el acusado en fase sumarial, admitiendo la realidad de lo interinamente imputado (declaración de autoría de un asesinato, por ejemplo), y ofreciendo detalles sobre tal comisión. Sobre este silencio, hay que distinguir entre que aparezcan elementos indiciarios probatorios, en algunos casos solamente conocidos por él mismo, o bien que se aporten detalles convictivos que son corroborados en la investigación judicial, y que fortalecen esta asunción propia de responsabilidad. Lo que es distinto de aquellos otros casos, en que no existan más pruebas de cargo. Si se tratare del primer supuesto, esta Sala ha llegado a dar validez incluso a las declaraciones efectuadas en sede policial, asistido de letrado y con información de derechos, cuando los funcionarios ante los que se produce tal confesión acuden al plenario y así lo refieren (pues en este caso, es una especie de advertencia de que aquello que dijeron en aquel acto pudo ser tenido en su contra, una vez que renunció a guardar silencio, declarando, sin embargo, en su contra), y este es el sentido de nuestro acuerdo plenario de fecha 28 de noviembre de 2006, en el sentido de que "las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".

Con respecto a la segunda clase de tales silencios, es decir, del que confiesa en sede judicial con asistencia de letrado y plenas garantías, y después en el juicio oral, se acoge a su derecho a no decir nada, guardando absoluto silencio, la reintroducción de sus declaraciones puede ser operada mediante la lectura de tales declaraciones, o el visionado de la grabación en donde consten, sin el refuerzo de los funcionarios ante quien se practicaron, pues la actividad del juez instructor en el sumario, no requiere de más aditamentos, y da fe de su misma existencia y realidad, al tratarse de actividad procesal sumarial.

Esta es la doctrina que ha seguido esta Sala Casacional con absoluta reiteración, desde muy antiguo. Así, se puede leer en la STS 2545/2001, de 4 de enero de 2002, que el derecho del imputado a guardar silencio - nemo tenetur se detegere - es uno de los rasgos más caracterizados del proceso penal de inspiración liberal y su asunción constitucional y legislativa significa la renuncia a tener a aquél como mero instrumento de prueba. Así, el interrogatorio se convierte esencialmente en un medio de defensa, orientado a dar efectividad a la contradicción y a permitir al sometido a proceso refutar la imputación y argumentar para justificarse. La declaración del imputado durante la investigación y del acusado en el juicio, tiene, de este modo, un carácter esencialmente autodefensivo; es un recurso de utilización facultativa, del que sólo ellos pueden disponer.

Ahora bien, producida la declaración en algún momento del proceso, en virtud de una decisión autónoma del propio interesado, su contenido informativo es material valorable dentro del conjunto del cuadro probatorio y susceptible de ser tratado como tal, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues en realidad las conductas se producen en dos momentos diferentes, y ante la información de los propios derechos constitucionales, en una ocasión declara, y en otra, no, conforme a sus intereses procesales, por lo que no puede predicarse que una posición neutralice otra: son simplemente distintas.

Lo primero que interesa determinar es el alcance del derecho del imputado a no declarar. Cuando éste hace uso del mismo, es evidente que no aporta a la causa en trámite ninguna información que tenga en él la fuente de prueba. El instructor contará únicamente con una actitud que, si persisten indicios de delito en contra de aquél, sólo puede ser interpretada como negativa cerrada de la implicación en los hechos investigados. Si esa actitud se prolonga a lo largo del trámite y se mantiene en el juicio, el efecto aludido se proyectará también sobre todos esos momentos.

Cuando, como se ha dicho, el imputado acepta declarar, lo manifestado pasa a formar parte del material de la investigación, se incorpora a la causa. Aquél podrá prestar o no sucesivas declaraciones y, en ellas, confirmar, ampliar o incluso rectificar lo que ya hubiera manifestado. Pero nunca recuperar o reapropiarse de lo aportado y ya incorporado legítimamente a las actuaciones. Así, tanto lo dicho inicialmente como las ampliaciones y rectificaciones constituirán, en su conjunto, aportaciones valorables a tenor de las normas legales vigentes en la materia.

De lo expuesto se infiere que el derecho al silencio es un derecho de uso actual, que se activa y puede ejercitarse en cada momento procesal, pero que no retroactúa sobre los ya transcurridos, ni tiene, por tanto, en ellos, la incidencia que pretende el que recurre. El acusado puede guardar silencio en el juicio, pero no hacer que éste se proyecte hacia atrás, con la eficacia de cancelar otras manifestaciones precedentes. Lo adquirido en el curso



de la investigación forma parte definitivamente de los autos, de los que sólo podría ser expulsado formalmente por razón ilicitud.

El resultado es que el tribunal de instancia, por el cauce regular del art. 730 LECrim , introdujo en el juicio, mediante lectura, la parte autenticada de la declaración sumarial del recurrente. Así, aquélla pasó correctamente a formar parte del cuadro probatorio y pudo ser tenida en cuenta por la Sala válidamente (STS 29 de diciembre de 1995 y 24 de enero de 1998).

La STS 926/2006, de 6 de octubre , igualmente se refiere a este problema señalando que la doctrina de esta Sala ha venido admitiendo que ante la legítima decisión del acusado de negarse a declarar en el acto del juicio, se puede proceder a dar lectura de lo declarado por aquél de forma regular en fase sumarial, por aplicación de la regla general del art. 730 LECrim . Este criterio, como muy bien expone la combatida ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional (Sentencia 80/2003 (LA LEY 12043/2003), de 28-abril-2003), en los siguientes términos: «lo decisivo es que las declaraciones sumariales que se consideran sean sometidas a confrontación y puedan ser contradichas por las partes, lo que tiene lugar tanto si se leen expresamente como si a través de las preguntas formuladas se pone en evidencia y se debate su contenido».

Igualmente, la STS 30/2009, de 20 de enero , se adscribe a esta tesis. Así, dice que la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado acerca del valor de una declaración autoincriminatoria que no se ratifica en el acto del juicio oral. Su incorporación al material probatorio a valorar por el órgano jurisdiccional puede verificarse, como aquí sucedió, mediante el expediente que autoriza el art. 730 de la LECrim . En tales casos, el resultado de la diligencia instructora accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria (publicidad, intermediación y contradicción) y teniendo por tanto validez para fundar la convicción del juzgador, ya que la defensa puede así combatir el contenido de la primera declaración y el órgano judicial otorgar credibilidad al testimonio que le ofrezca mayor verosimilitud y fundar sobre él la condena (cfr. STC 284/2006 (LA LEY 115047/2006), 9 de octubre).

Aclara el Tribunal Constitucional que para determinar si la declaración confesoria del imputado se ha producido en condiciones de poder ser aceptada, y basar en ella una condena penal, deben tenerse en cuenta los diversos factores concurrentes en cada caso, de entre los que cabe destacar si se hicieron al detenido las advertencias legales, si fue informado de sus derechos y si en la declaración estuvo presente un Abogado encargado de asistirle (STC 86/1995 (LA LEY 13087/1995), 6 de junio).

Véanse también las SSTS 1541/2004, de 20 de enero ; y la 590/2004, de 6 de mayo . "

Ahora bien, en el presente caso no se solicitó por ninguna parte acusadora que se procediera a dar lectura en el plenario a la declaración sumarial del acusado, según previene el art. 730 LECrim ., de lo que resulta que la declaración/confesión parcial de hechos del acusado no accedió al plenario en plenas condiciones de regularidad procesal y constitucional, y por ende, no puede ser tenida en cuenta como elemento probatorio de incriminación para dar por probados los hechos que se le imputan.

No obstante lo anterior, y aunque la decisión del acusado que se acoge a su derecho constitucional a no declarar, no puede, como regla general, considerarse como elemento de incriminación, sin embargo sí se desprende de tal silencio que el acusado no ha negado los hechos imputados, como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en el acto de su informe, máxime cuando dicho Ministerio hizo constar en acta las preguntas que deseaba realizar al acusado, entre ellas las relativas a la autoría de los hechos, y que éste sí respondió a las preguntas de su Abogado, aunque limitadas a los aspectos relativos al consumo de drogas y alcohol. Nada dijo, pues, sobre la autoría de los hechos que se le atribuyen, ni para reconocerlos ni para negarlos, y tampoco se retractó de la declaración prestada en su día ante el Juzgado de Instrucción.

2.- Sobre el resto de las pruebas practicadas.

No obstante lo expuesto en el punto 1 anterior, la Sala considera acreditados los hechos en base a los siguientes medios de prueba. Debemos partir de la propia declaración del perjudicado, Sr. Severino , quien manifestó que contrató al acusado por ser muy amigo de su hijo, y que al ser encargado de mantenimiento tenía acceso a las distintas dependencias, entre ellas las oficinas, guardándose en los cajones de las mesas -sin llave- los talonarios de los que se sustrajeron los cheques y los pagarés objeto de este procedimiento, los cuales no fueron extendidos y firmados por su titular. El referido testigo también manifestó que nunca extendía cheques o pagarés al portador, que él no libró ni firmó dichos efectos, y que los cobrados fueron los que aparecen denunciados.

Los testigos empleados de las sucursales bancarias en las que se cobraron los cheques y pagarés ratificaron en el plenario el reconocimiento que en su día hicieron del acusado como la persona que acudió a sus oficinas y cobró los mencionados efectos. A este respecto damos por reproducidas las consideraciones en orden a la validez de dichos reconocimientos realizados sin género de dudas y en el acto del juicio oral, pues no sólo



corroboraron que en un principio manifestaron ante la Guardia Civil y el Juzgado que la persona que señalaban era la que había acudido a las entidades y cobrado los cheques, sino que también en el acto del juicio insistieron en que el acusado -en referencia a la persona que se sentaba en el banquillo- era dicha persona.

Sobre la validez del reconocimiento efecto en el propio acto del juicio, cabe citar la STC, Sala Primera, de 14 Oct. 1997 , conforme a la cual "..... *En el presente caso, ha existido prueba de cargo suficiente e indubitada para desvirtuar la presunción de inocencia cual es la ratificación en el juicio oral, mediando todas las garantías exigibles, del reconocimiento en rueda practicado en fase de instrucción, así como el reconocimiento efectivo del acusado en ese acto, realizado en unas condiciones que ponen de manifiesto la solidez del convencimiento de la testigo, que lo reconoció* ".

Y más recientemente la STS de 26 Mar. 2013 , en la que puede leerse lo siguiente: "..... *También citar la doctrina expuesta en la STS 503/2008 de 17 de julio , advirtiendo que el derecho a la presunción de inocencia no se desvirtúa por el resultado del reconocimiento fotográfico, sino por el resultado del medio de prueba practicado en el acto del juicio, consistente en la ratificación del testigo sometido al interrogatorio cruzado de las partes". Y que los reconocimientos de identidad se efectúan en ruedas de reconocimiento con la presencia física del sospechoso, que debe estar asistido de Letrado, o en el mismo acto del juicio oral . Pero, incluso con tal previsión, en realidad, la prueba se constituye por la declaración del testigo en el acto del juicio en la que, sometido al interrogatorio cruzado de las partes, afirma reconocer al acusado como el autor de los hechos o ratifica el reconocimiento realizado en la fase de instrucción". Porque la diligencia de reconocimiento ni siquiera puede considerarse que sea configurada como una prueba anticipada y preconstituida de imposible reproducción en el juicio oral en virtud de su supuesto carácter irrepetible. "*

Son también indicios que refuerzan la convicción judicial, el hecho de presentarse el acusado con ropa de trabajo en las entidades bancarias para generar mayor confianza y eludir así los controles de semejanza de las firmas de los talones; la circunstancia de efectuar los cobros en distintas entidades de crédito y distintas poblaciones, evitando de este modo levantar sospechas; y el conocimiento personal que tenía del modus operandi en relación con el cobro de las nóminas por los empleados de la empresa, que se realizaba siempre mediante pagarés o cheques de esas entidades bancarias con las que operaba la empresa.

En definitiva, la Sala considera que existe prueba suficiente de cargo que acredita que el acusado, prevaliéndose de las facultades inherentes a su puesto de trabajo, sustrajo los talones objeto de este procedimiento , los rellenó por sí o a través de un tercero, y los presentó al cobro en distintas dependencias, obteniendo con ello la suma total de 30.400 euros.

CUARTO .- El Ministerio Fiscal y la acusación particular han calificado los hechos declarados probados como constitutivos en primer lugar de un delito continuado de estafa.

Conviene recordar que el delito de estafa en general, de acuerdo con una jurisprudencia que por inveterada no es preciso citar, exige como elementos configuradores para su existencia: a) un engaño precedente o concurrente, elemento fundamental de la estafa, concebido con criterio de laxitud dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno; b) dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea la modalidad empleada, debiendo ser de entidad adecuada o suficiente para que actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial; c) originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la insidia, mendacidad o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad; d) acto de disposición patrimonial con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente; e) ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto; y f) nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado. Este delito patrimonial requiere, como elemento esencial, una conducta de apropiación de bienes ajenos mediante la realización de un acto defraudatorio consistente en la realización de un engaño que ha de ser bastante. Ese engaño ha de ser realizado a otro que en su virtud, sufra un error que sea causal al desplazamiento económico y al correlativo perjuicio.

En el presente caso la Sala considera que los hechos declarados probados contienen los distintos elementos configuradores del delito de estafa, según se desprende de los argumentos anteriores, que ha de considerarse continuado al responder a las previsiones del art. 74 CP , extremos no discutidos por las partes.

Sí se ha puesto en tela de juicio por la defensa que los pagarés extendidos al portador no pueden considerarse como tales, toda vez que el art. 94.5º LCCH exige que se libren nominativamente o a la orden. Ciertamente, el citado precepto viene a establecer que los pagarés son en todo caso títulos nominativos o a la orden, y no pueden emitirse al portador, de lo cual se colige que carecen de eficacia ejecutiva, lo cual no empece, desde luego, para que puedan servir de documentos que justifiquen la existencia de una deuda.



Pero, en cualquier caso, no puede ignorarse que diez de los documentos sustraídos y rellenos por el acusado, y presentados al cobro por éste, quien percibió sus respectivos importes, eran cheques, cuyos documentos pueden expedirse al portador, razones por las que la calificación jurídica de los hechos no puede variar por la circunstancia de que el resto de efectos fuesen pagarés rellenos al portador. Argumento que es igualmente de aplicación al delito de falsedad del que nos ocupamos a continuación.

QUINTO .- Asimismo, los hechos declarados probados son constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el art. 392.1, en relación con el art. 390.1.3º CP , por concurrir igualmente los distintos elementos de dicha infracción penal, según resulta evidenciado del relato fáctico anterior y de las consideraciones expuestas en torno a la valoración de la prueba.

Ya se expusieron con anterioridad los elementos probatorios de cargo que permiten llegar a la conclusión de que fue el acusado quien por sí o a través de un tercero, realizó la manipulación de los cheques y pagarés mencionados, sin que esa convicción judicial se viera alterada por el hecho de que en el Juzgado de Instrucción se practicase diligencia pericial -no ratificada en el plenario al no haberse propuesto la prueba por ninguna de las partes-, de la que se desprende que el acusado no es el autor material de la letra y firma puesta en los efectos, y ello porque, como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal, el delito de falsedad no es de propia mano, por lo que el hecho en que consiste la falsedad puede ser realizado bien personalmente por el sujeto, bien a través de un tercero a petición de aquél. El autor es quien tenía el dominio funcional del hecho, tanto por la posesión de los talones derivada del acto de la sustracción, como por haberlos cobrado personalmente y, en definitiva, haberse beneficiado por ello.

Teniendo dicha falsedad por finalidad lograr la comisión del delito de estafa, es de aplicación lo dispuesto en el art. 77 CP para los supuestos de concurso medial (Cfr. STS 27-3-2000), tal y como se ha solicitado por las acusaciones en conclusiones definitivas.

SEXTO .- Se ha interesado por ambas acusaciones la aplicación del subtipo agravado previsto en el art. 250.1.6ª (antes 250.1.7ª) CP , al entender cometido el delito con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador.

Debemos citar al respecto la STS de 30 de enero de 2013 , que aborda exhaustivamente esta materia, señalando al respecto lo siguiente:

" El motivo tercero por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim), por indebida aplicación del art. 250.1.6 CP , al ser precisamente el cargo desempeñado por el acusado el que permitió el engaño bastante para configurar el delito de estafa, sin que pueda ser objeto de una doble valoración jurídica, con infracción del principio non bis in idem, primero para integrar la estafa y después el presupuesto de la agravación.

La agravación prevista en el art. 250.1.7, en cuanto se refiere a que el autor del delito cometa abuso de las relaciones personales que existan entre él y la víctima o se aproveche de su credibilidad empresarial o profesional, puede apreciarse -se dice en STS. 368/2007 de 9.5 - con más claridad en los supuestos de estafa, en los que existe una maquinación engañosa previa al desplazamiento patrimonial en la que puede ser utilizada la facilidad que supone el abuso o aprovechamiento de aquellas circunstancias, que en los de apropiación indebida, en los que la recepción de la cosa o dinero se produce siempre en atención a una relación de confianza previa que el autor del delito quebranta posteriormente con su acción de apoderamiento (STS núm. 2232/2001, de 22 de noviembre).

El artículo 250.7º recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos. Agravación específica del delito de estafa una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza, consistente en el "abuso de relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o el aprovechamiento por éste de su credibilidad empresarial o profesional", caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la estafa.

La STS. 1218/2001 de 20.6 , precisa que la agravación específica aparece caracterizada "por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza", lo que supone que la aplicación de la agravación debe derivarse de una relación distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que integra la conducta engañosa. Es decir, el presupuesto de la agravación responde a una confianza anterior y distinta de la que se crea con la conducta típica del delito de apropiación o estafa.

En igual sentido las SSTS. 785/2005 de 14.6 y 383/2004 de 24.3 , 626/2002 de 11.4 , recuerdan, que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 del Código Penal , quedaba



reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (SSTS. 2549/2001 de 4.1.2002 , 1753/2000 de 8.11).

En STS 1090/2010 de 27.11 , se recuerda que esta Sala tiene establecido sobre el subtipo agravado de estafa del art. 250.1.7º del C. Penal que se estructura sobre dos ideas claves. La primera de ellas -abuso de relaciones personales -, que miraría a un grado especial de vinculación entre autor y víctima; la segunda -abuso de la credibilidad empresarial o profesional-, que pondría el acento no tanto en la previa relación entre autor y víctima, sino en las propias cualidades del sujeto activo, cuya consideración en el mundo de las relaciones profesionales o empresariales harían explicable la rebaja en las prevenciones normales de cualquier víctima potencial frente a una estrategia engañosa (STS 422/2009, de 21-4 y 813/2009 de 7-7).

Por ello la STS. 979/2011 incide que en cuanto a la agravación específica prevista en el artículo 250.7ª del Código Penal , es cierto que el delito de estafa requiere, como vía natural del engaño, el aprovechamiento de una cierta relación de confianza, bien previamente existente o, como ocurre de ordinario, creada por la maniobra engañosa desplegada por el autor. Esta Sala ha señalado que la agravación que se examina requiere de una confianza previa, añadida a la genérica afectada ya por el engaño, de manera que el autor aproveche sus relaciones personales para su propósito defraudatorio, en ocasiones en las que esas relaciones son determinantes para debilitar la reacción que naturalmente cabría esperar de la víctima, que, precisamente por tales relaciones, no llega a producirse.

Así, se ha insistido en "...la necesidad de ponderar cuidadosamente la aplicación de esta agravación, en la medida en que en la mayor parte de los casos, tanto el engaño que define el delito de estafa como el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, presentan significativos puntos de coincidencia con la descripción del tipo agravado (STS 634/2007, de 2-7). De modo que la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 7 del artículo 250 CP queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente; en definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario tal quebrantamiento se encontraría ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (STSS 1753/2000, de 8-11; 2549/2001, de 4-1; 626/2002, de 11-4; 890/2003, de ; 383/2004, de 24-III; 813/2009, de 13-7; y 1084/2009, de 29-10).

Igualmente tiene establecido esta Sala que la confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta deben estar meridianamente acreditadas, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero han de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS 371/2008, de 19-6). Junto al engaño característico del delito de estafa ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (SSTS 1169/2006, de 30-11 ; 785/2005, de 14-6 ; y 9/2008, de 18-1)".

..... "

Más recientemente, la STS, Sala Segunda, de 18 Jul. 2013 , con cita igualmente en la STS. 918/2008 de 31.12 , recuerda que "..... la esencia de la agravación del art. 250.1.6, reside en el mayor grado de antijuricidad que comporta un plus de culpabilidad que supone la lealtad quebrantada entre personas vinculadas por una relación de confianza, de la que se aprovecha el autor faltando los deberes de fidelidad que le impone esa relación. ". Por tanto, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la relación jurídica determinante del delito y que puede ser de muy variada naturaleza, pero que se ha de añadir un plus de desvalor al que surge del quebranto de la confianza inherente a la relación jurídica ilícita (SSTS. 368/2007 de 9.5 , 64/2009 de 29.1 , 1084/2009 de 29.10).

Pues bien, aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, la Sala llega a la conclusión de que, en efecto, el acusado cometió el delito abusando de las relaciones personales previas existentes entre él y el Sr. Severino . No en vano, y como este último declaró en el plenario, la entrada del acusado en la empresa venía avalada por la amistad personal que tenía con su hijo, tildando su relación de "excelente" porque eran "muy" amigos. Se le asigna el cometido de encargado de mantenimiento, puesto de especial confianza que, en líneas generales, implicaba velar por el buen estado de las instalaciones y vigilar que funcionen correctamente las



máquinas, funciones en virtud de las cuales se le permitía el acceso a todas las dependencias, incluidas las oficinas. Es en virtud de esa confianza depositada en el acusado por lo que éste tuvo acceso a tales oficinas, apoderándose de los cheques y pagarés de los talonarios que el Sr. Severino guardaba en los cajones de las mesas, los cuales no estaban cerrados presumiblemente en atención precisamente a esa lealtad y confianza depositadas en el acusado. Y es también precisamente esa relación de dependencia la que motiva que el acusado pudiese cobrar los cheques y pagarés, pues según declararon los testigos en el acto del juicio, pagaron los efectos debido, entre otras circunstancias, a que conocían al acusado por ser empleado de la empresa y acudir a las entidades bancarias a cobrar tales efectos.

Concurre, pues, el mencionado subtipo agravado, el cual, por lo demás, no es discutido por la defensa, porque, como dice la STS de 22 Sep. 2008, "..... debe apreciarse este subtipo agravado cuando en el hecho enjuiciado, además de haberse quebrantado una confianza genérica, concurre una relación personal generadora de una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad (v. STS de 1 de septiembre de 2006).".

SÉPTIMO .- De los expresados delitos es responsable en concepto de autor el mencionado acusado, por haber participado material, directa y voluntariamente en su ejecución, de acuerdo con el art. 28 CP y conforme a los hechos probados y fundamentos jurídicos antes expuestos.

OCTAVO .- No concurren la circunstancia genérica modificativas de la responsabilidad penal, atenuante de alcoholismo y drogadicción postulada por la defensa del acusado, por cuanto que, como señala la STS 16-2-10, "Es ya un clásico el aserto de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal deben estar tan acreditadas como los propios hechos para poder ser aplicadas", o que como afirma la STS 15-1-04 "..... cualquier circunstancia de exención o atenuación de la pena debe quedar tan probada como los hechos mismos, correspondiendo la carga de la prueba a quien las alega", lo cual no concurre en el presente caso, pues únicamente se aporta un informe de Acali en el que consta que a fecha 27-1-09 estaba siendo tratado por su dependencia al alcohol y a la cocaína; así como un informe de una Psicóloga, basado exclusivamente en las manifestaciones del acusado, del que se desprende que es consumidor de tales sustancias, pero sin que se haya aportado la cumplida prueba de que el consumo de tales sustancias influyó de modo significativo en su capacidad de comprender la ilicitud de los hechos protagonizados, o de actuar conforme a esa comprensión.

Sí cabe apreciar la atenuante de dilaciones indebidas prevista en el art. 21.6 CP, solicitada por la defensa. Como es sabido, la reforma introducida por la L.O. 5/2010 consideró conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que ya venía siendo aplicada por vía de significación analógica por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Se exige para su apreciación que el retraso en la tramitación tenga carácter extraordinario, que no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado. De esta manera se recogen los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía.

Examinadas las presentes actuaciones, puede apreciarse que las actuaciones se inician en abril de 2008, sin que existan razones suficientes que justifiquen un retraso sustancial en su tramitación, habiendo transcurrido más de seis años hasta su enjuiciamiento, sin que se aprecie un retraso que pueda imputarse al propio acusado, razones por las que procede su aplicación.

NOVENO .- En orden a la individualización de la pena a imponer, teniendo en cuenta la continuidad delictiva apreciada, debe imponerse la pena señalada al delito de estafa en su mitad superior (de 3 años y 6 meses de prisión a 6 años y 9 a 12 meses de multa); a su vez, por aplicación del art. 77 CP, debe imponerse la mitad superior de dichas penas (de 4 años y 9 meses de prisión a 6 años, y de 10 meses y 15 días a 12 meses de multa), estimando la Sala que la pena debe fijarse en su extensión mínima en atención a la atenuante aplicada.

Respecto de la pena de multa, se debe fijar también en su extensión muy próxima al mínimo legal y fijar la cuota de multa en 5 euros/día al estar declarado insolvente el penado y no constar una situación de total indigencia.

DÉCIMO .- Conforme a los arts. 109 y 116 y siguientes CP, todo responsable penalmente de un delito o falta lo es también civilmente y viene obligado a la indemnización de daños y perjuicios, debiendo incluirse todo el importe defraudado, pues si bien se utilizaron para defraudar al perjudicado determinados documentos que no podían considerarse títulos valores con eficacia cambiaria, esto es, los pagarés al portador, sin embargo su confección obedece a un único y mismo propósito y a una misma dinámica delictiva, no siendo escindibles del propósito que guiaba al autor, de ahí también la unicidad delictiva que fundamenta la aplicación del delito continuado antes mencionado.

DECIMOPRIMERO .- De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 123 del Código Penal y 240-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales se entienden impuestas por ministerio de la ley a los responsables penalmente de un delito o falta, debiendo incluirse las devengadas por la intervención de la acusación particular.



VISTOS : Los artículos anteriormente citados y los demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos condenar y CONDENAMOS a Romulo como autor de un delito CONTINUADO de ESTAFA en concurso medial con otro delito CONTINUADO de FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL, ya calificados, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de CUATRO AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y ONCE MESES DE MULTA con una cuota diaria de 5 euros, sufriendo, en caso de impago e insolvencia, responsabilidad personal subsidiaria consistente en un día de privación de libertad por cada dos cuotas no abonadas.

Asimismo, le condenamos a indemnizar a Severino en la cantidad de 30.400 euros, que devengará el interés del art. 576 LEC , y a abonar las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Contra la presente sentencia puede interponerse recurso de casación en el plazo de cinco días siguientes a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA .- El original de la presente resolución se lleva al libro de sentencias y resoluciones definitivas para publicidad legal, quedando testimonio unido a los autos a efectos de documentación. Doy fe.

"En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)".