



Roj: **STS 2949/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2949**

Id Cendoj: **28079120012018100366**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **1461/2017**

Nº de Resolución: **375/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1461/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 375/2018

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1461/2017, interpuesto por D^a. Genoveva , bajo la dirección letrada de D. Niceto Blanco González, y representada por la Procuradora D^a Raquel Olivares Pastor, contra la sentencia dictada por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Valencia, con fecha 25 de abril 2.017 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida la Fundación Bancaja, representada por el Procurador Arturo Romero Ballester y bajo la dirección letrada de Juan María ILatas. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia instruyó P. Abreviado nº 28/2017, contra D^a. Genoveva por un delito de apropiación indebida, otro de estafa continuada, en concurso con otro delito continuado de falsedad en documento privado, un delito de hurto continuado y otro delito de usurpación de estado civil y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4^a, que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **hechos.-** Al menos desde Abril de 2014 la acusada **Genoveva** , ya circunstanciada y con antecedentes penales al haber sido ejecutoriamente condenada, además de en otra no computable, en sentencia de 4 de Febrero de 2010, firme el día 23 de Marzo de 2010 por delito de estafa a la pena de un año de prisión, cuya ejecución fue suspendida y posteriormente revocada, quedando la pena finalmente extinguida el día 30 de Junio de 2016 y por sentencia de 11 de Noviembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Penal 14 de Valencia,



firmó el día 24 de Febrero del 2015 por otro delito de estafa a la pena de prisión de un año y once meses, cuya ejecución fue suspendida el 21 de Enero de 2016 por un periodo de cinco años, trabó amistad con Piedad, que en aquella época estaba pasando una difícil situación personal debido a un traumático divorcio que le ocasionó una decaimiento anímico que precisó auxilio psicológico, lo que la hacía vulnerable y fácil presa de seducciones y engaños.

Así las cosas, la acusada Genoveva comenzó a hacer visitas cada vez más frecuentes a la casa de Piedad hasta hacerlas diarias y casi permanentes, haciéndose imprescindible casi en su vida, acompañándola a gestiones y asumiendo decisiones relativas a su persona y casa.

Y en esa dinámica tuvo acceso a todas las dependencias de la vivienda, apoderándose de un juego de pendientes de Yanes, un colgante del Cristo de Dalí, una gargantilla de oro plana, un brazalete de brocado de Yanes, dos pendientes de brillantes, una cadena de oro, un anillo de oro blanco y amarillo, un anillo de oro blanco y brillantes, un brazalete de oro blanco y amarillo con un colgante de sol, otro brazalete de oro con eslabones grandes, un reloj Omega de oro, tres pulseras de oro, una con colgante de brillante, una cadena de oro con colgante de brillantitos y una pulsera de hombre, que hizo suyos y no le devolvió, habiendo sido tasado todo ello en la cantidad de 9.895 Euros.

En Junio de 2014 la acusada se encargó de llevar la entrada o anticipo del precio de un traje que Piedad había adquirido para la boda de su hijo, por lo que le entregó mil Euros, que la acusada hizo suyos, no pagándolos al establecimiento de confección donde los tenía que haber llevado, por lo que le fueron reclamados por la sastrería, volviendo la acusada a llevar otros mil Euros; que esta vez sí pagó.

Y aprovechándose de la situación la acusada convenció a Piedad para que le comprase un teléfono móvil, lo que hizo a través de la financiera del Corte Inglés por importe total de 466 Euros, y que le diese de alta una línea telefónica, contratando Piedad con la compañía Telefónica la línea con el número NUM000 el día 7 de Mayo de 2014, que usó la acusada hasta que se dio de baja la dicha línea el día 8 de Diciembre de 2014, habiendo incumplido la acusada la obligación que asumió de pagar el consumo telefónico de la línea, por lo que se generó una deuda de 1.469,54 Euros que Telefónica reclama a Piedad.»

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

« **Fallo.** Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a la acusada Genoveva de los delitos de falsedad y usurpación de estado civil de los que venía acusada, declarando de oficio dos quintas partes de las costas.

Por el contrario declaramos que- DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Genoveva como criminalmente responsables de los delitos de HURTO AGRAVADO, APROPIACIÓN INDEBIDA AGRAVADA Y ESTAFA AGRAVADA, concurriendo en este delito la agravante de reincidencia a las penas siguientes:

Por el delito de HURTO AGRAVADO, la pena de DOS AÑOS DE PRISION y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por el delito de APROPIACIÓN INDEBIDA AGRAVADA la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

- Por el delito de ESTAFA AGRAVADA la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN y accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a Piedad en la cantidad de 12.364,54 Euros, que se incrementaran en el interés legal desde la fecha de esta resolución.

Se imponen a la acusada tres quintas partes de las costas del Juicio, incluidas las de la acusación particular.

Se acuerda el alzamiento de las trabas acordadas en relación a los lotes de joyas que constan al Folio 219 del Tomo II de la causa.

Firme que sea la sentencia, líbrese oficio a la Fundación Bancaja comunicando el dicho alzamiento.

Cancélense con arreglo a derecho las piezas que se hubiesen abierto.»

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación de la recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Genoveva



Motivo primero .- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . Por indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1.6 del CP . **Motivo segundo** .- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . Por aplicación indebida del art. 253 del CP en relación con los arts. 249 y 250.1.6 del mismo código . **Motivo tercero** .- Por infracción de ley del art. 849.1 de la LECr . por aplicación indebida de los arts. 234.1 , 235.6 y 74 del CP . **Motivo cuarto** .- Por infracción de ley, del art 849.1 de la LECr . por infracción del art. 66.1 del CP . El recurrente se queja de la falta de proporción de las penas y de su falta de motivación.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día cuatro de julio de dos mil dieciocho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El motivo primero del recurso se interpone al amparo del art. 849.1 Lecrim , por infracción del art. 248 y 250.1.6º CP , en relación con el art. 24 CE .

Argumenta la recurrente que, en relación al delito de estafa agravada, de la prueba practicada no aparece elemento probatorio alguno que lleve a pensar que cometiera dicho delito. Dado que la Sala entiende acreditado este delito de estafa con base en la credibilidad que les merece la denunciante y la existencia de unos mensajes de whatsapp, el recurso se detiene en valorar la citada declaración para restarle valor probatorio y afirma que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, por lo que considera indispensable la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

El motivo segundo del recurso se interpone al amparo del art. 849.1 Lecrim , por infracción del art. 253 CP , en relación con los artículos 249 y 250.1.6º CP , en relación con el art. 24 CE .

El motivo se centra en el delito de apropiación indebida y entiende que de la prueba practicada no aparece elemento probatorio alguno que acredite que cometiese tal delito, ya que ha quedado probado que abonó los 1000 euros en cuestión a la sastrería. Considera que es aplicable al presente motivo lo manifestado en el primer motivo de recurso respecto a las dudas que genera la declaración de la víctima.

El tercer motivo se formula al amparo del art. 849.1 Lecrim , por infracción del art. 234.1 , 235.6 º y 74 CP y por error en la valoración de la prueba.

El motivo señala que es condenada por el delito hurto de un conjunto de joyas, afirmando la sentencia que únicamente queda acreditada la sustracción de un anillo con cinco brillantes, haciendo extensivo el delito de hurto a una serie de joyas más que se enumeran, con base en la credibilidad que ofrece al Tribunal la declaración de la víctima y los mensajes de whatsapp, pero no se ha realizado prueba pericial acreditativa de la realidad de los mensajes y la acusada niega haberlos enviado. Por otra parte, la Sala da por buena la transcripción de mensajes efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia, sin tener en cuenta los aludidos fallos en la cadena de custodia y su más que posible manipulación previa.

Los tres motivos pueden ser analizados conjuntamente.

El enunciado de los motivos y la vía procesal por la que se articulan, artículo 849.1 LECrim , exige los siguientes requisitos (SSTS 807/2011 de 19 julio , 311/2014 de 19 julio , 86/2018, de 19 febrero):

1) Respeto a los hechos probados. La casación, por este motivo, es un recurso extraordinario de fijación de la ley, no es una segunda instancia con posibilidades revisoras del hecho probado. Su función es comprobar la aplicación del derecho realizada por el tribunal de instancia a unos hechos que deban permanecer inalterados.

2) La denuncia debe ir referida a la infracción de unas normas jurídicas. Así se ha declarado (STS 2-4-92) que "no existen posibilidades de fundar recurso de casación en materia penal, por infracción de doctrina legal ni la vulneración de doctrina jurisprudencial" (STS 18-12-92). Tampoco integran ese carácter de norma jurídica los criterios de interpretación de la ley del art. 3 del Código Civil : "El art. 3 del Código Civil , cuya infracción se denuncia, no constituye ninguna norma jurídica sustantiva de aplicación directa. Se trata de una norma interpretativa un principio inspirador de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, de difícil concreción e impropio, en cualquier caso, del cauce procesal examinado " (STS 3-2-92). Lo anterior ha de ser entendido desde la óptica más estricta del error de derecho. La actual jurisprudencia del Tribunal Supremo admite en su inteligencia una ampliación de las posibilidades del error de derecho con la invocación de derechos fundamentales, desde la tutela judicial efectiva, la infracción de la interdicción de la arbitrariedad



en la interpretación de los preceptos penales desde su comparación con los precedentes jurisprudenciales, la infracción de las normas de interpretación sujetas a la lógica y racionalidad.

3) Las modalidades de la infracción son la aplicación indebida y la inaplicación, bien por invocar la aplicación errónea o inobservancia del precepto cuyo error se invoca.

4) La infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal. Por precepto penal sustantivo ha de entenderse las normas que configuran el hecho delictivo, es decir, acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad y que deben ser subsumidas en los tipos penales; en las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal; en la determinación de la pena, ejecución del delito, grados de participación y penalidad que se encuentra recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código penal.

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

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

Lo cierto es que en el desarrollo argumental de los tres motivos se pone en duda la comisión de los hechos y se impugna la valoración de las pruebas por parte de la Sala a quo. En realidad, lo que se está denunciando en los tres motivos es la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de prueba para su condena. Por ello debemos recordar la doctrina jurisprudencial en orden al alcance en casación de tal denuncia.

Así hemos declarado - SSTS 428/2013 de 29 mayo , 129/2014 de 26 febrero , 454/2015 de 10 de julio , 505/2016, de 9 junio , 323/2017, de 4 mayo , 373/2017, de 24 mayo -, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim . pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5 , en virtud del art. 852 LECrim , el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió, porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la tradicional ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia ha obligado al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del



tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3).

En definitiva, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de verificarse si la prueba de cargo con base en la cual el tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En definitiva, en cuanto al ámbito del control en relación a las pruebas de cargo de carácter personal que han sido valoradas por el tribunal de instancia en virtud de la inmediación de que se dispuso -y de la que carece como es obvio esta Sala casacional- se puede decir con la STS. 90/2007 de 23.1 , que aborda precisamente esta cuestión, que en el momento actual, con independencia de la introducción de la segunda instancia, es lo cierto que reiterada jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional han declarado la naturaleza efectiva del recurso de casación penal en el doble aspecto del reexamen de la culpabilidad y pena impuesta por el Tribunal de instancia al condenado por la flexibilización y amplitud con que se está interpretando el recurso de casación desposeído de toda rigidez formalista y por la ampliación de su ámbito a través del cauce de la vulneración de derechos constitucionales, singularmente por vulneración del derecho a la presunción de inocencia que exige un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria -art. 9-3º-, de la que esta Sala debe ser especialmente garante, lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que las conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos.

SEGUNDO.- Siendo así, la sentencia de instancia analiza la prueba practicada que le llevó a la convicción de la autoría de la acusada de parte de los delitos imputados. Especialmente, se centra en la declaración de la víctima y en los mensajes de whatsapp obrantes en la causa.

La impugnación del valor probatorio de los mensajes es abordado por el recurso en diversas ocasiones, alegando, en síntesis, que la acusada negó haberlos enviado, que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, que la Sala da por buena la transcripción de mensajes efectuada por el Letrado de la Administración de Justicia y que no se ha practicado una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido.

En apoyo de su alegación cita la STS 300/2015, de 19 de mayo , que, como dice la recurrente, reconoce que existe la posibilidad de manipulación de dichas conversaciones, por lo que considera indispensable que la prueba se someta a un reconocimiento pericial en caso de que la prueba sea impugnada.

Es cierto que esta resolución indica lo siguiente:



«Respecto a la queja sobre la falta de autenticidad del diálogo mantenido por NUM001 . con NUM002 . a través del Tuenti, la Sala quiere puntualizar una idea básica. Y es que la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas. El anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida, hacen perfectamente posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones, cuando son aportadas a la causa mediante archivos de impresión, desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido» .

Pero también lo es que, a continuación, añade:

«Pues bien, en el presente caso, dos razones son las que excluyen cualquier duda. La primera, el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña de Tuenti con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial. La segunda, el hecho de que el interlocutor con el que se relacionaba Vidal . fuera propuesto como testigo y acudiera al plenario. Allí pudo ser interrogado por las acusaciones y defensas acerca del contexto y los términos en que la víctima - NUM001 .- y el testigo - NUM002 .- mantuvieron aquel diálogo».

En términos similares, en relación con los mensajes de whatsapp, se manifiesta la STS 754/2015, de 27 de noviembre .

No es posible entender, como se deduce del recurso, que estas resoluciones establezcan una presunción *iuris tantum* de falsedad de estas modalidades de mensajería, que debe ser destruida mediante prueba pericial que ratifique su autenticidad y que se debe practicar en todo caso; sino que, en el caso de una impugnación (no meramente retórica y en términos generales) de su autenticidad -por la existencia de sospechas o indicios de manipulación- se debe realizar tal pericia acerca del verdadero emisor de los mensajes y su contenido. Ahora bien, tal pericia no será precisa cuando no exista duda al respecto mediante la valoración de otros elementos de la causa o la práctica de otros medios de prueba.

En el presente caso, no hay razones para mantener una duda al respecto.

En primer lugar, porque la propia víctima pone a disposición del Juez de Instrucción su teléfono móvil, del que directamente se consultan y transcriben los mensajes por el Letrado de la Administración de Justicia. Éste, como indica la sentencia recurrida, realiza una transcripción, que obra al folio 19 y siguientes del Tomo II de la causa en instrucción, y en ella se recoge íntegramente el contenido de los mensajes cruzados, el teléfono donde se encuentran y aquel del que proceden, que es número NUM000 . Además, el uso de este número es atribuido a la acusada. Con todo ello, se garantiza, en primer lugar, que si las conversaciones hubieran llegado a ser cuestionadas en cuanto a su origen y/o contenido se hubiera podido asegurar su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial; y, en segundo lugar, la forma y modo en que los mensajes se obtuvieron despeja cualquier duda sobre tales extremos, que no surgen por el mero hecho de que el recurrente indique que pudieron haber sido objeto de manipulación o que existen serias dudas sobre la cadena de custodia de los mensajes, ya que se trata de argumentos puramente retóricos y no sustentados en un indicio mínimamente objetivo sobre que ello hubiera sucedido así.

TERCERO.- Partiendo de lo expuesto, se ha de analizar la prueba con la que contó la Sala a quo para obtener su convicción fáctica.

1. En primer lugar, se constata, respecto del delito de hurto, que la Sala valoró los elementos probatorios siguientes: las fotografías (folios 175 y ss. del Tomo II de la causa en instrucción) que demuestran que la víctima lucía las piezas de joyería que le desaparecieron de su domicilio, la declaración de la misma en el acto del juicio oral atribuyendo la sustracción a la acusada y los numerosos mensajes de whatsapp en los que se menciona un concreto anillo y que -según se deduce de su contenido- está en posesión de la acusada.

Es decir, contó con la declaración de la víctima que se vio corroborada por un testimonio gráfico de la existencia de una serie de joyas y las conversaciones a través del sistema de mensajería, de las que se deduce que una de las joyas se halla en poder de la acusada y aquella le pide su devolución. En consecuencia, tiene por acreditada la sustracción.

Este razonamiento de la Sala se asumen en esta sede casacional: como ya hemos dicho *ut supra* , el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y sí, por ello, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es, en sí misma considerada



lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque pueden existir otras conclusiones, porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena (SSTC 68/98 , 117/2000 , SSTC 1171/2001 , 220/2004 , 711/2005 , 476/2006 , 548/2007 , 1333/2009 , 104/2010 , 1105/2011). Ya se ha explicitado la prueba tenida en cuenta por el tribunal para fundamentar la autoría del delito de hurto y no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas personales y documentales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva de la recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia de la hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpatorias, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Todo ello sin perjuicio de lo que se dirá posteriormente en relación con la calificación jurídica de los hechos.

2. Sin embargo, en lo que se refiere al delito de apropiación indebida de una cantidad de dinero a entregar en una sastrería la conclusión debe ser distinta.

En este caso, el Tribunal valora la declaración de la denunciante y la testifical de una empleada del citado establecimiento, que indicó que la acusada llevó allí la cantidad de 1000 euros. En concreto, el discurso argumentativo de la Sala a quo es el siguiente (Fundamento Jurídico Séptimo):

«No cabe duda que la acusada pagó mil Euros. En Junio de 2014 la acusada se encargó de llevar la entrada o anticipo del precio de un traje que Piedad había adquirido para la boda de su hijo, por lo que le entregó mil Euros, que la acusada hizo suyos, no pagándolos al establecimiento de confección donde los tenía que haber llevado, por lo que le fueron reclamados por la sastrería, volviendo la acusada a llevar otros mil Euros, que esta vez sí pagó.

Que la encomienda existió no cabe duda, pues así lo declaró la empleada de la sastrería Lázaro y que la acusada llevó mil Euros a la sastrería es indubitado. La cuestión es si se había quedado con la misma cantidad una primera vez. Ahí no tenemos más prueba que la declaración de ambas mujeres, pero damos absoluta credibilidad a la declaración de la víctima, pues no encontramos, por el hechos (sic) de ser además acusadora, móvil expúreo (sic) o de venganza que la lleve a formular una acusación falsa».

Y, a continuación, añade:

«Tuvimos delante a las dos mujeres y pudimos apreciar la verdad de una y lo taimada de la otra, que parece, así lo declaró el testigo Vidal , que hasta le daba pastillas para adormecer sus sentidos, y no nos cabe duda que la acusación debe ser tenida por cierta, y declarar que ello constituye el delito dicho» .

La afirmación fáctica sobre la previa entrega de una cantidad de dinero de la que se habría apropiado la acusada se basa únicamente en la declaración de la denunciante, como indica el propio Tribunal. La duda acerca de si la víctima había entregado una cantidad de dinero en una ocasión anterior a la recurrente y esta la había hecho suya la despeja tras oír a ambas en el juicio y otorgar mayor credibilidad a la primera.

Nos encontramos ante el supuesto en el que en relación con un mismo hecho se cuenta única y exclusivamente con declaraciones personales contradictorias. De manera que el Tribunal apela a la inmediación en el juicio para conceder mayor peso probatorio a una de las declaraciones. Ahora bien, esta Sala ha reiterado que el principio de inmediación no puede ser esgrimido ni para excusarse el Tribunal que oye y ve al testigo para justificar y explicitar las razones por las que le concede credibilidad y suficiencia para sostener la sentencia condenatoria, ni la inmediación puede servir de argumento para excluir del ámbito de la casación penal el examen que esta Sala casacional debe efectuar para verificar la suficiencia y razonabilidad de la condena. De lo que se sigue que es preciso situar el valor de la inmediación judicial en sus justos límites, y en tal sentido hay que decir:

a) La inmediación es una técnica de formación de la prueba, que se escenifica ante el Juez, pero no es ni debe ser considerada como un método para el convencimiento del Juez.

b) La inmediación no es ni debe ser una coartada para eximir al Tribunal sentenciador del deber de motivar, en tal sentido, hoy puede estimarse totalmente superada aquella jurisprudencia que estimaba que *"...la convicción que a través de la inmediación, forma el Tribunal de la prueba directa practicada a su presencia depende de*



una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición que no son expresables a través de la motivación...." - STS de 12 de Febrero de 1993 -.

c) La prueba valorada por el Tribunal sentenciador en el ámbito de la inmediación y en base a ella dicta la sentencia condenatoria puede y debe ser analizada en el ámbito del control casacional como consecuencia de la condición de esta Sala Casacional como garante de la efectividad de toda decisión arbitraria - art. 9.3º CE –, actualmente más acentuado, si cabe, a consecuencia de la efectividad a que debe responder el presente recurso de casación como recurso efectivo que permita el reexamen de la culpabilidad y de la pena impuesta por el Tribunal sentenciador de acuerdo con el art. 14-5º del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Sólo desde esta perspectiva puede sostenerse la tesis del recurso efectivo que con reiteración tiene declarado tanto la jurisprudencia de esta Sala como del Tribunal Constitucional.

Las recientes STS 131/2018, de 20 de marzo y STS 42/2018, de 25 de enero, indican que la valoración de la prueba una vez considerada como prueba regularmente obtenida bajo los principios que permiten su consideración como tal, esto es, por su práctica en condiciones de regularidad y bajo los principios de inmediación, oralidad y contradicción efectiva, se desarrolla en dos fases:

- a) La percepción sensorial de la prueba.
- b) Su estructura racional.

La primera está regida por la inmediación, por la presencia del Tribunal ante el que se desarrolla la actividad probatoria atenta, por tanto, a lo que en el juicio se ha dicho y al contenido de la inmediación, la seguridad que transmite el compareciente e, incluso, las reacciones que provoca esa comparecencia y declaración. La segunda aparece como un proceso interno del juzgador por el que forma su convicción a través de lo percibido, incorporando a esa percepción los criterios de la ciencia, de experiencia y de lógica que le llevan a la convicción. Dejando aparte, por tanto, la percepción sensorial inmediata de la actividad probatoria, el segundo apartado antes enunciado puede ser objeto de control por el Tribunal encargado del conocimiento de la impugnación, pues esa valoración no requiere la percepción sensorial.

En el mismo sentido, la STS 234/2018, de 17 de mayo, indica: "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral.

- 1.- Lo que el testigo dice y que es oído por el Tribunal.
- 2.- Cómo lo dice.
- 3.- Las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos.

Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- a.- El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio".
- b.- El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical.

Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

En consecuencia, hemos señalado (STS. 732/2006 de 3.7) que no cabe establecer el axioma que lo que el tribunal creyó debe ser siempre creído, pero tampoco prescindir radicalmente de las ventajas de la inmediación, sino de comprobar si el razonamiento expresado por el Tribunal respecto a las razones de su decisión sobre la credibilidad de los testigos o acusados que prestaron declaración en su presencia se mantiene en parámetros objetivamente aceptables. En tal línea de razonamiento, ya la STS. 306/2001 de 2.3, ponía el acento en la exigencia de que el Tribunal sentenciador justificase en concreto las razones por las que concedía credibilidad a la declaración de la víctima, no bastando la sola referencia a que debía ser creída por no existir nada en contra de dicha credibilidad.

A la vista de lo expuesto, se constata que, en el supuesto de autos, las razones concretas que, a juicio del Tribunal, avalan la mayor credibilidad de la denunciante son que no encuentra móviles espurios o de venganza en ella y que tuvo delante a las dos mujeres y pudo apreciar la verdad de una y lo taimada de la otra (lo que liga a que parece -se enuncia como posibilidad- que la acusada daba pastillas a la perjudicada para adormecer sus sentidos). Estos razonamientos no se mueven en parámetros objetivamente aceptables, pues tan sólo reflejan apreciaciones subjetivas del Tribunal sobre la inexistencia de móviles en una declarante y sobre el carácter o personalidad de la otra (que el Tribunal tilda de «taimada»), añadiendo una mención a una mera hipótesis



sobre una administración de fármacos, que nada aporta a la acreditación de los hechos constitutivos del delito de apropiación indebida. Estos factores no versan sobre la acreditación de los hechos desde una perspectiva objetiva, sino sobre la personalidad o forma de ser de las implicadas y ante la carencia de cualquier mínimo elemento de corroboración de las manifestaciones de la denunciante (es más, la única declaración testifical mencionada por la sentencia sobre este particular no avalaría su versión, sino la de la acusada), no podemos tener por acreditados los hechos relativos a la apropiación de una cantidad de dinero.

En consecuencia, la acusada debe ser absuelta de este delito.

3. En tercer lugar, sobre el delito de estafa, la prueba que tuvo en cuenta la Sala fue la siguiente: tanto la compra del teléfono como la contratación de la línea están documentalmente acreditadas y escuchó los respectivos testimonios sobre el particular. En este caso, nos encontramos con una situación similar a la expuesta anteriormente: resulta acreditada la contratación de la línea por medio de prueba documental y personal, pero no existen más argumentos que la propia convicción subjetiva del Tribunal acerca de cuál fue la forma de pago pactada entre las implicadas. Además, el Tribunal no razona (ni tampoco declara probado) cuál es la prueba de los hechos sobre los que se vertebra la conducta engañosa, ya que el *factum* dice, en síntesis, que la acusada «convenció» a la denunciante para que le comprase un móvil y le diese de alta una línea telefónica, que ella usó, «habiendo incumplido la acusada la obligación que asumió de pagar» el consumo de la línea. Esto es, no se menciona la prueba que avale el elemento fáctico constitutivo del engaño, al que de manera sucesiva se vayan anudando el resto de elementos fácticos propios del delito de estafa. La mención a una acción consistente en convencer y al incumplimiento de una obligación de pago (cuando la forma de pago no se considera acreditada) no colma las exigencias fácticas necesarias como para sustentar la prueba de los elementos del delito de estafa.

Por ello, la acusada también debe ser absuelta de este delito.

CUARTO.- El cuarto motivo se formula al amparo del art. 849.1 Lecrim, por infracción del art. 66.1.1º CP respecto a la proporcionalidad y motivación de la penas.

La recurrente indica que ha sido condenada a un total de nueve años y seis meses de prisión, sin respetar el principio de proporcionalidad de las penas (al ser un reproche penal excesivo y desproporcionado), vulnerándose por falta de motivación lo dispuesto en el art. 66.1.1º CP y no respetando el principio acusatorio al haber condenado el Tribunal a penas más elevadas de las solicitadas por el Ministerio fiscal y la acusación particular. Sobre este último extremo manifiesta que el Ministerio Fiscal elevó a definitivas sus conclusiones, solicitando por el delito de estafa la pena de tres años de prisión; y la acusación particular, en el mismo trámite, interesó que se impusiera a la acusada por tal delito la pena de tres años de prisión; sin embargo, el Tribunal impone pena de cuatro años y seis meses de prisión.

El motivo será estimado parcialmente.

Consultada la causa, se constata que el Ministerio Fiscal solicitó (por el delito de estafa) la pena de tres años de prisión en su escrito de acusación (folio 106 del Tomo III de la causa en instrucción); mientras que la acusación particular, en el mismo trámite, interesó que se impusiera a la acusada la pena de cinco años de prisión (folio 99 del Tomo III citado). Dado que no hubo modificación posterior, la pena impuesta -cuatro años y seis meses de prisión- no era superior a la solicitada por las acusaciones.

En todo caso, la estimación del recurso y la consiguiente absolución por los delitos de apropiación indebida y estafa determinan que la impugnación sobre la vulneración del principio de proporcionalidad haya perdido su objeto de forma sobrevenida.

Sin embargo, el motivo debe ser estimado desde otra perspectiva: aunque expresamente no haya sido planteado por la recurrente, teniendo en cuenta su voluntad impugnativa (por referencia a motivos en los que alega la infracción de los tipos penales aplicados y las manifestaciones del presente motivo sobre proporcionalidad de la pena) y la doctrina de esta Sala (SSTS. 625/2010 de 6.7, 139/2009 de 24.2, 268/2009 de 19.2) que permite corregir en beneficio del reo cualquier error de Derecho suficientemente constatado, por cuanto esta Sala casacional, con asunción de su plena jurisdicción puede entrar en el estudio de una cuestión jurídica de obligado estudio y resolución y que forma parte de la demanda de justicia, inevitablemente unida a la tutela judicial efectiva que, como derecho fundamental, implícitamente está asumido por el acusado al formular su pretensión revocatoria, se constata una serie de errores de Derecho que deben ser corregidos.

Nos referimos al tipo agravado de hurto apreciado por el Tribunal a quo: el hurto con abuso de las circunstancias personales y situación de desamparo de la víctima (artículo 235.6º CP); así como a su carácter de delito continuado.



El precepto penal aplicable sería el art. 235.4 CP (en su redacción vigente a la fecha de comisión de los hechos), ya que los hechos se sitúan en el año 2014 y el art. 235.6 CP se introdujo en el Código Penal mediante la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Por otra parte, el art. 235.4 CP castigaba el delito de hurto que «se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima», sin mención alguna al desamparo de la misma (elemento que se incorporó en la reforma de 2015). Además, en el hecho probado no se describe la continuidad delictiva que se aplica en el caso de autos. Recordemos que el hecho probado dice lo siguiente:

«Al menos desde Abril de 2014 la acusada Genoveva (...) trabó amistad con Piedad, que en aquella época estaba pasando una difícil situación personal debido a un traumático divorcio que le ocasionó (sic) una (sic) decaimiento anímico que precisó auxilio psicológico, lo que la hacía vulnerable y fácil presa de seducciones y engaños.

Así las cosas, la acusada Genoveva comenzó a hacer visitas cada vez más frecuentes a la casa de Piedad hasta hacerlas diarias y casi permanentes, haciéndose imprescindible casi en su vida, acompañándola a gestiones y asumiendo decisiones relativas a su persona y casa.

Y en esa dinámica tuvo acceso a todas las dependencias de la vivienda, apoderándose de un juego de pendientes de Yanes, un colgante del Cristo de Dalí, una gargantilla de oro plana, un brazalete de brocado de Yanes, dos pendientes de brillantes, una cadena de oro, un anillo de oro blanco y amarillo, un anillo de oro blanco y brillantes, un brazalete de oro blanco y amarillo con un colgante de sol, otro brazalete de oro con eslabones grandes, un reloj Omega de oro, tres pulseras de oro, una con colgante de brillante, una cadena de oro con colgante de brillantitos y una pulsera de hombre, que hizo suyos y no le devolvió, habiendo sido tasado todo ello en la cantidad 9.895 Euros».

Si hemos reiterado que la continuidad delictiva implica la realización por el sujeto activo de una pluralidad de actos similares, con cierta conexión temporal, que infringen el mismo o semejantes preceptos penales y que responden a una unidad de designio o propósito de aquel (SSTS 211/2017, 29 de marzo; 86/2017, 16 febrero; y 749/2016, 11 de octubre, entre otras muchas), el hecho probado no describe una sucesión de actos de sustracción de joyas, sino que se limita a señalar que «tuvo acceso a todas las dependencias de la vivienda, apoderándose» de una serie de joyas. Ante tan escueta mención, debemos entender en beneficio de la acusada que el hecho se produjo en una unidad de acto que excluye la continuidad delictiva.

Ello con las consecuencias penológicas que se establecerán en la segunda sentencia que se dicte.

QUINTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, la estimación parcial del recurso supone la declaración de oficio de las costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación de **Genoveva**, contra sentencia dictada el día 25 de abril de 2017 en causa seguida contra la misma, declarando de oficio las costas.

Comuníquese esta resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1461/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre



D. Luciano Varela Castro

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 19 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la representación legal de Genoveva , nacido en La Coruña, el día NUM003 de 1961, hija de Sixto y de Esperanza , con DNI, NUM004 ; que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en los Fundamentos Jurídicos de esta resolución:

- 1) Se absuelve a Genoveva del delito de apropiación indebida agravada por el que fue condenada en la sentencia recurrida.
- 2) Se absuelve a Genoveva del delito de estafa agravada por el que fue condenada en la sentencia recurrida.
- 3) Se condena a Genoveva como autora de un delito de hurto agravado (sin apreciar la continuidad delictiva) a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, en aplicación de lo dispuesto en el art. 66.1.6 CP .
- 4) Vista la absolución por los delitos de apropiación indebida y estafa, Genoveva , en vía de responsabilidad civil, deberá indemnizar a Piedad con la cantidad de 9895 euros (valor de tasación de las joyas objeto del delito de hurto), que se incrementaran en los intereses que correspondan.
- 5) Vista la absolución por los delitos de apropiación indebida y estafa, se declaran de oficio otras dos quintas partes de las costas causadas en la instancia.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1) Absolver** a Genoveva del delito de apropiación indebida agravada por el que fue condenada en la sentencia recurrida.
- 2) Absolver** a Genoveva del delito de estafa agravada por el que fue condenada en la sentencia recurrida.
- 3) Condenar** a Genoveva como autora de un delito de hurto agravado (sin apreciar la continuidad delictiva) a la pena de 1 año y 6 meses de prisión.
- 4) Condenar** a Genoveva a indemnizar a Piedad , en vía de responsabilidad civil, con la cantidad de 9895 euros, que se incrementaran en los intereses que correspondan.
- 5) Se declaran de oficio otras dos quintas partes de las costas causadas en la instancia, imponiendo a la acusada la quinta parte de las costas, incluidas las de la acusación particular.**

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez, presidente Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro Vicente Magro Servet