



Roj: **STS 2900/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2900**

Id Cendoj: **28079120012019100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2019**

Nº de Recurso: **1308/2018**

Nº de Resolución: **415/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 8931/2018,**
STS 2900/2019

RECURSO CASACION núm.: 1308/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 2^a

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 415/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 24 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación n.º 1308/2018 interpuesto, por infracción de ley y de precepto constitucional, por **Don Feliciano**, representado por la procuradora Doña María Mercedes Romero González y bajo la dirección letrada de Doña Yolanda Suárez Martínez; contra la sentencia de 20 de febrero de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con número 20/2018, que le condenó como autor responsable de un delito de estafa agravada, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia n.º 729/2017 dictada por la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Procedimiento Abreviado n.º 1223/2017. Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Carmen Lamela Diaz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto número 1 de DIRECCION000, instruyó Procedimiento Abreviado n.º 451/2016, por los delitos de falsedad documental y estafa contra D. Feliciano, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30^a, en la que vista la causa Procedimiento Abreviado número 1223/2017, dictó sentencia en fecha 27 de noviembre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:



<< " Feliciano y Pura contrajeron matrimonio, de cuya unión nació un hijo, que al momento de la separación era menor de edad. La sentencia de separación es de fecha 14 de octubre de 2004 y fue dictada por el Juzgado de Primera Instancia no 4 de DIRECCION000 en autos 558/2003.

En tal resolución se protocolizó el acuerdo al que llegaron las partes según el cual se atribuía a la madre la guarda y custodia del hijo nacido el día NUM000 de 2001, recayendo sobre el padre el deber de abonar la cantidad de 300 euros en concepto de pensión de alimentos, así como el 50% de los gastos extraordinarios que generara el menor y de la cuota hipotecaria.

El 26 de noviembre de 2014, Pura interpuso demanda de ejecución de títulos judiciales por la que solicitaba la ejecución forzosa de la anterior resolución, reclamando que se despachara ejecución por las cantidades impagadas en concepto de pensión de alimentos desde junio de 2010 en adelante, las correspondientes a las sucesivas actualizaciones de la pensión y el 50% de la cuota hipotecaria, en total 15.870,86 euros.

El 12 de diciembre de 2014, dentro del procedimiento de ejecución forzosa, el Juzgado de Primera Instancia n° 4 de DIRECCION000 acordó despachar ejecución a favor de la demandante por importe de 11.789,99 euros de principal y 3.539,69 euros de intereses y costas.

Tras ser notificado el ejecutado, se acordó, por Decreto de fecha 12 de diciembre de 2014, el embargo de la parte proporcional de su sueldo y demás emolumentos que percibiera por prestar sus servicios en la entidad DIRECCION001 , oficina n° NUM001 , sita en el PASEO000 n° NUM002 de Madrid.

Tras ello, la representación letrada del acusado, previas instrucciones de éste, presentó escrito oponiéndose a la ejecución argumentando que se encontraba al corriente en el pago de la pensión de alimentos que se le reclamaba, aportando documentación consistente en los justificantes de las transferencias bancarias periódicas que se le solicitaban y que aparentemente había realizado a favor del hijo común desde su cuenta corriente aperturada en la entidad DIRECCION001 para la que trabajaba el acusado.

Tales transferencias abarcaban los meses de junio y julio de 2010, diciembre de 2011, julio de 2012, octubre de 2012 y mensualidades sucesivas hasta febrero de 2015.

Resultó que tales transferencias no se habían llegado a realizar o habían sido anuladas con posterioridad, de tal manera que el dinero de la pensión de alimentos a favor del hijo común nunca llegó a la cuenta de Pura .

Una vez puesto de manifiesto por la parte demandante que dichas transferencias no se habían realizado, el procedimiento de ejecución siguió su curso.">>

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

<<"Absolvemos a Feliciano de los delitos de estafa procesal, en grado de tentativa, y falsedad en documento mercantil, por los que había sido acusado, con declaración de oficio de las costas de este procedimiento.">>

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso Recurso de Apelación por el Ministerio Fiscal y la representación procesal Doña Pura , dictándose sentencia por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 20 de febrero de 2018, en el Rollo de Apelación número 22/2018 , cuyo Fallo es el siguiente:

<< **ESTIMAMOS PARCIALMENTE** los recursos de apelación interpuestos por EL MINISTERIO FISCAL y por la representación procesal de Pura , contra la sentencia n° 729/2017 de 27 de noviembre, dictada por la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el Procedimiento Abreviado n° 1223/2017, y la **REVOCAMOS** en el sentido de **CONDENAR a Feliciano** , como autor penalmente responsable de un delito intentado de estafa agravada del art. 250.7º, en relación con los 16.1 y 62 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de **SEIS MESES DE PRISIÓN**, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y **TRES MESES DE MULTA** con una cuota diaria de diez euros, con una responsabilidad civil subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y a la mitad de las costas devengadas en la primera instancia, incluidas las de la Acusación Particular. **CONFIRMANDO el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida**; sin especial imposición de las costas causadas en este recurso.>>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional por el acusado, 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.

QUINTO.- La representación procesal del recurrente, basa su recurso de casación en los siguientes motivos:



Primero.- Infracción de Ley: Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al haber cometido infracción por la aplicación indebida de los artículos 250.7, en relación con los artículos 16.1 y 62 todos ellos del Código Penal .

Segundo.- Infracción de precepto constitucional: Al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , al no respetarse el principio constitucional de presunción de inocencia contemplado como un derecho fundamental en nuestra Carta Magna.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 17 de septiembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia de fecha 20 de febrero de 2018 , por la que estimaba parcialmente los recursos de apelación interpuestos el Ministerio Fiscal y por la representación procesal de Doña Pura , contra la sentencia dictada en fecha 27 de noviembre de 2017 por la Sección Trigésima de la Audiencia Provincial de Madrid , recaída en el Procedimiento Abreviado núm. 1223/2017 del indicado Tribunal, derivado de las Diligencias Previas núm. 351/2016 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 , condenando a Don Feliciano como autor penalmente responsable de un delito intentado de estafa agravada del artículo 250.7º, en relación con los artículos 16.1 y 62 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias mordicativas de la responsabilidad criminal, a las penas de seis meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, y tres meses de multa con una cuota diaria de diez euros, con una responsabilidad civil subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, y a la mitad de las costas devengadas en la primera instancia, incluidas las de la Acusación Particular. Además confirmó el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida, sin especial imposición de las costas causadas en el recurso.

Dos son los motivos del recurso formulado por Don Feliciano : infracción de Ley al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida de los artículos 250.7, en relación con los artículos 16.1 y 62 todos ellos del Código Penal ; y por infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , al no respetarse el principio constitucional de presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el estudio del recurso debemos tener en cuenta que nos encontramos ante una sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia resolviendo el recurso de apelación contra una sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Madrid.

En relación a este recurso, el artículo 790.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , tras la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, señala que "Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada". Y el artículo 792.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal añade que "La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2.

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa".

Señalábamos en la sentencia núm. 670/2012, de 19 de julio, los graves obstáculos establecidos por las el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos para poder examinar a través de los recursos de casación y de apelación la impugnación de las sentencias absolutorias de instancia.



En la misma, poníamos de relieve cómo el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Igualmente destacábamos que el Tribunal Constitucional (SSTC núm. 184/2009, de 7 de octubre y 142/2011, de 26 de septiembre) ha concedido el amparo y anulado la sentencia de apelación cuando, a pesar de que no se hayan modificado los hechos probados, sí se ha alterado la inferencia extraída de los mismos y el fallo de la sentencia en relación a la concurrencia del elemento subjetivo del injusto. Y en general ha estimado necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. De esta forma sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 22 de noviembre de 2011) que incluso establece que "cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos, no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan".

En el mismo sentido, señala la sentencia dictada el 20 de marzo de 2012 por el TEDH que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan. Considera que el dolo (defraudatorio en el caso que analizaba) tiene un componente factual que no puede ser constatado por el Tribunal de Casación para fundamentar una condena sin haber oído previamente al acusado, y desarbola así el criterio de los juicios de valor como instrumento procesal válido para acreditar los elementos subjetivos del delito en casación y dictar ex novo una sentencia condenatoria.

Ahora bien, conforme decíamos en la sentencia núm. 286/2019, de 30 de mayo , "Queda a salvo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas. La revisión puramente jurídica de una sentencia absolutoria para sustituirla por un pronunciamiento condenatorio sin afectar en nada de signo agravatorio al relato fáctico de la sentencia de instancia es legítima y conforme con esa reiterada doctrina. Ni la revisión en beneficio del reo, ni la fiscalización, aunque sea contra reo, de la subsunción jurídico penal están vedadas." Y recuerda la STC núm. 272/2005, de 24 de octubre que "... no cabrá efectuar reproche constitucional alguno cuando la condena pronunciada en apelación (tanto si el apelado hubiese sido absuelto en la instancia como si la Sentencia de apelación empeora su situación) no altera el sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia del órgano a quo, o cuando, a pesar de darse tal alteración, ésta no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración o, finalmente, cuando el órgano de apelación se separe del pronunciamiento fáctico del Juez de instancia por no compartir el proceso deductivo empleado a partir de hechos base tenidos por acreditados en la Sentencia de instancia y no alterados en la de apelación, pero a partir de los cuales el órgano ad quem deduce otras conclusiones distintas a las alcanzadas por el órgano de instancia, pues este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen en vía de recurso sin merma de garantías constitucionales".

Teniendo en cuenta la doctrina expuesta, procede examinar a continuación los dos motivos del recurso formulado por la defensa de Don Feliciano .

TERCERO.- Denuncia en el primero de los motivos, deducido al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , aplicación indebida de los artículos 250.7, en relación con los artículos 16.1 y 62 todos ellos del Código Penal . Considera que no ha quedado acreditada la existencia de los elementos del tipo de estafa agravada por el que ha sido condenado. Señala que no ha existido un error por parte de la Audiencia Provincial en la calificación jurídica de los hechos declarados probados, sino que lo que no se ha podido acreditar son los elementos fácticos del delito. Afirma que el Sr. Feliciano creyó que las transferencias se habían realizado, siendo en un momento posterior cuando tuvo conocimiento de que las mismas no se habían llegado a hacerse efectivas, habiendo sido utilizados los justificantes bancarios en la creencia de ser totalmente acordes con la realidad, sin intentar provocar en el Juez que tramitó el procedimiento de ejecución de sentencia un error o apreciación incorrecta. Añade que ni alteró ni manipuló documento alguno y no se ha aportado prueba alguna que acredite que tuviera conocimiento de que las transferencias realizadas no llegasen a hacerse efectivas. Entiende por ello que la condena decidida por el Tribunal Superior de Justicia



se ha realizado sobre la base de una apreciación distinta de los elementos fácticos de la prueba practicada en el acto del juicio oral y no respecto de elementos puramente jurídicos. Y termina señalando que no concurren los elementos del tipo penal de estafa procesal, ni consumada ni intentada, dada la escasa aptitud de los documentos aportados para provocar el fin deseado que era hacer creer al Juez que tramitaba el procedimiento, que realmente se había pagado lo adeudado.

Los razonamientos expresados por el recurrente no pueden ser compartidos. La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia parte de la intangibilidad del relato de hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, que expresamente da por reproducido.

Los hechos probados de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial señalan entre otros particulares que:

" El 12 de diciembre de 2014, dentro del procedimiento de ejecución forzosa, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 DIRECCION000 acordó despachar ejecución a favor de la demandante por importe de 11.789,99 euros de principal y 3.539,69 euros de intereses y costas.

Tras ser notificado el ejecutado, se acordó, por Decreto de fecha 12 de diciembre de 2014, el embargo de la parte proporcional de su sueldo y demás emolumentos que percibiera por prestar sus servicios en la entidad DIRECCION001 , oficina nº NUM001 , sita en el PASEO000 nº NUM002 de Madrid.

Tras ello, la representación letrada del acusado, previas instrucciones de éste, presentó escrito oponiéndose a la ejecución argumentando que se encontraba al corriente en el pago de la pensión de alimentos que se le reclamaba, aportando documentación consistente en los justificantes de las transferencias bancarias periódicas que se le solicitaban y que aparentemente había realizado a favor del hijo común desde su cuenta corriente abierta en la entidad DIRECCION001 para la que trabajaba el acusado.

Tales transferencias abarcaban los meses de Junio y Julio de 2010, diciembre de 2011, julio de 2012, octubre de 2012 y mensualidades sucesivas hasta febrero de 2015.

Resultó que tales transferencias no se habían llegado a realizar o habían sido anuladas con posterioridad, de tal manera que el dinero de la pensión de alimentos a favor del hijo común nunca llegó a la cuenta de Pura .

Una vez puesto de manifiesto por la parte demandante que dichas transferencias no se habían realizado, el procedimiento de ejecución siguió su curso."

Son tres los motivos por los que la Audiencia Provincial había decidido la absolución del acusado, entre los que no se encuentran el que el acusado no conociera que las transferencias no se habían realizado.

Efectivamente, el primero de ellos se refiere a la escasa aptitud de los documentos aportados al procedimiento civil, consistentes en unos justificantes de unas transferencias realizadas a la cuenta de la Sra. Pura que realmente no se habían producido, para hacer creer al Juez que realmente se había pagado lo adeudado. Considera que el efecto que la aportación de tales documentos ha ocasionado en el procedimiento civil ha sido nulo, ya que los documentos no servían para acreditar que se hubiera pagado. El procedimiento continuó su curso y no se ocasionó error en el juez que le llevara a dictar una resolución que perjudicara los intereses de la otra parte

El segundo motivo descansa en la consideración de que el acusado trató de interrumpir el procedimiento y no de paralizarlo. Los documentos no servían para acreditar que se hubiera pagado. Mientras no se comprobara que el dinero efectivamente había ingresado en la cuenta de la perjudicada ningún efecto podían tener en el procedimiento.

El tercer motivo se basó en una doctrina jurisprudencial obsoleta en cuanto referida a la redacción del tipo penal de estafa procesal contenido el artículo 250.1.2º del Código Penal con anterioridad a la reforma operada mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo una nueva redacción pasando a ocupar el nº 7 del citado artículo 250.1 del Código Penal . Tal doctrina consideraba que la estafa procesal no podía ser cometida por quien, como el acusado, ocupaba la posición de demandado en el pleito civil.

Frente a ello, el Tribunal Superior de Justicia, sin alterar los hechos probados, se ha limitado a analizar la razonabilidad de tales motivos, estimando que el acusado realmente se opuso a la ejecución aportando unos documentos alterados, cuya desviación de la realidad fue denunciada por la demandante y comprobada a su instancia por el Juez Civil. Por ello concluye que el delito fue cometido en grado de tentativa. Expone también la doctrina de este Tribunal en relación al delito de estafa agravada tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Discrepa también con la conclusión de la Audiencia Provincial estimando que la única intención del acusado era interrumpir el procedimiento, considerando el Tribunal Superior de Justicia que su verdadera intención era lograr la desestimación de las pretensiones de la actora aparentando un pago no realizado.



Los razonamientos expuestos por el Tribunal Superior de Justicia y conclusiones alcanzadas por el mismo son acordes con el relato de hechos probados que contiene la sentencia de instancia.

Efectivamente, conforme se expresa en el apartado de hechos probados, presentados ante el Juez unos documentos a través de los cuales se pretendía acreditar el pago de las cantidades por las que se había despachado ejecución (*"justificantes de las transferencias bancarias periódicas que se le solicitaban y que aparentemente había realizado a favor del hijo común desde su cuenta corriente apertura en la entidad DIRECCION001 para la que trabajaba el acusado"*), no fue el propio acusado quien rectificó su actuación, sino que fue la parte actora quien puso en conocimiento del juzgado la falsedad de tales afirmaciones. Finalmente resultó que las transferencias " *no se habían llegado a realizar o habían sido anuladas con posterioridad, de tal manera que el dinero de la pensión de alimentos a favor del hijo común nunca llegó a la cuenta de Pura* ", lo que evidencia en uno u otro caso que el acusado conocía que los fondos no llegaron a la cuenta corriente de la actora, al tratarse de su propia cuenta y que únicamente él podía anular las transferencias previamente ordenadas.

Incluso, después de conocer las alegaciones de la parte actora, el acusado permitió con su inactividad que fuera practicada la prueba ofrecida por la actora para acreditar el impago, lo que supuso la paralización del procedimiento durante más de medio año.

Tampoco se deduce del relato de hechos probados que la única intención del acusado fuera interrumpir el procedimiento y no paralizarlo. El propio relato de hechos probados declara acreditado que la representación letrada del acusado, previas instrucciones de éste, presentó escrito *"oponiéndose a la ejecución argumentando que se encontraba al corriente en el pago de la pensión de alimentos que se le reclamaba"*. Tal afirmación además es acorde con lo dispuesto en el artículo 556 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que únicamente permite oponerse a la ejecución alegando el pago o cumplimiento, la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución. Igualmente el citado precepto señala que tal oposición en ningún caso suspende el curso de la ejecución. Por todo ello, únicamente puede alcanzarse racionalmente la conclusión a la que llega el Tribunal Superior de Justicia estimando que la finalidad del acusado no era interrumpir el procedimiento, sino la desestimación de las pretensiones de la actora mediante la presentación de unos documentos que aparentaban un pago no realizado.

Y tal conducta se encuentra contemplada en el artículo 250.1.7º del Código Penal .

Conforme señalábamos en la sentencia núm. 434/2016, de 19 de mayo , *"La llamada estafa procesal aparece regulada en la actualidad en el artículo 250.1.7º del Código Penal . Se dice que incurrir en ella los que en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero."*

En el tipo objetivo exige, por lo tanto, una actuación de manipulación de pruebas u otro fraude análogo, con capacidad para provocar un error en el juez o tribunal. Dicho con otras palabras, una maquinación engañosa construida de la forma prevista en el tipo, de manera que a través de las pruebas manipuladas o del fraude análogo, presente al juez o tribunal una apariencia falsa de la realidad sobre la que debe pronunciarse, haciéndole, por lo tanto, caer en el error. Ese error, a su vez, ha de ser la causa de la resolución que el órgano adopte.

Desde el punto de vista subjetivo, además del ánimo de lucro propio de la estafa, es necesario el dolo. En el ámbito del elemento cognoscitivo, el sujeto debe conocer los elementos del tipo objetivo, es decir, que existe una manipulación de las pruebas o un fraude análogo; que tiene capacidad de inducir a error al órgano judicial; que se emplea por parte del sujeto; y que si produce su efecto engañoso, la consecuencia probable será una resolución judicial de un determinado sentido. Desde la perspectiva del elemento volitivo del dolo, el sujeto ha de querer la utilización de esos elementos engañosos cuya existencia conoce, lo que generalmente se pone de relieve mediante la comprobación de su utilización real y efectiva."

En el supuesto de autos, el acusado conocía que la deuda se encontraba vigente, bien porque no se hubieran llegado a realizar las transferencias a que estaba obligado, bien por haber sido anuladas con posterioridad. La absolución del acusado por el delito de falsedad por el que venía siendo acusado no implica que desconociera que las pensiones no habían sido satisfechas. El propio recurrente señala que tuvo conocimiento más tarde de que las mismas no habían llegado a hacerse efectivas, lo que en momento alguno puso en conocimiento del Juez civil.

Además, la aportación de los documentos en los que figuraban unas transferencias que "aparentemente" se habían realizado a favor del hijo menor y que nunca llegaron a ingresar en la cuenta corriente de la actora, era medio hábil para lograr superar las funciones de control que corresponden al juez pues a través de ellas se pretendía acreditar el pago de las pensiones y con ello que se dejara sin efecto la ejecución y se procediera



al alzamiento inmediato de las medidas y embargos trabados sobre los bienes del acusado, tal y como expresamente se solicitó en el escrito presentado por su letrado oponiéndose a la ejecución. Por tanto no puede negarse a tales documentos aptitud para producir determinados efectos en el procedimiento en contra de los intereses de la actora. De hecho fueron admitidos por el Juez y unidos al procedimiento.

Y, como ya ha sido expresado, fue únicamente la acción de la actora poniendo en conocimiento del juzgado que las transferencias documentadas no habían sido realizadas y la prueba propuesta por ésta y practicada por el órgano judicial civil, lo que determinó que el resultado no llegara a producirse, esto es que el juez civil acordara en base a ellos la desposesión a la actora de un derecho de crédito declarado a su favor en sentencia firme dictada en un juicio contradictorio. Ello es lo que ha llevado a castigar el delito como intentado.

Concurren en consecuencia en el actuar del acusado todos los elementos constitutivos del delito por el que ha sido condenado por el Tribunal Superior de Justicia.

En atención a lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- A través del segundo motivo del recurso se denuncia infracción de precepto constitucional al amparo del número 4 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, al no respetarse el principio constitucional de presunción de inocencia.

Señala el recurrente que no se ha realizado actividad probatoria alguna que acredite si son falsos los documentos que reflejaban determinadas transferencias a la cuenta de la Sra. Pura, o si el acusado tenía conocimiento, en el momento de aportación de dichos documentos en el procedimiento de familia de ejecución de sentencia, si se habían anulado dichas transferencias. Añade que el Sr. Feliciano en todo momento ha manifestado que en el tiempo en que aportó dichos documentos, el mismo tenía pleno convencimiento de haber realizado dichas transferencias, sin que se haya acreditado lo contrario.

Olvida sin embargo el recurrente que la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia confirma la absolución decretada por la Audiencia Provincial en relación al delito de falsedad documental por el que también había sido acusado el Sr. Feliciano. Y en relación al delito de estafa procesal, ya hemos señalado en el fundamento anterior que el Tribunal Superior de Justicia no ha efectuado alteración alguna de los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial. Lejos de realizar nueva valoración de la prueba, se ha limitado a efectuar razonamientos de carácter jurídico para concluir la configuración de los hechos probados como constitutivos del delito de estafa en grado de tentativa por el que también era acusado el Sr. Feliciano. Para ello, parte de los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia con los que se aquietó la defensa y de los que se infiere, en los términos que han sido expuestos, el conocimiento por parte del acusado de la oposición mostrada por la actora al pago alegado por el demandado, y la necesidad de practicar prueba para su acreditación, única circunstancia que permitió comprobar que la deuda efectivamente no había sido hecha efectiva por el demandado quien nada manifestó al efecto en el procedimiento civil.

En consecuencia, el motivo se desestima.

QUINTO.- La desestimación del recurso formulado por Don Feliciano conlleva la imposición al mismo de las costas procesales de su recurso, de conformidad con las previsiones del artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLO

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

- 1) **Desestimar** el recurso de casación interpuestos por **Don Feliciano** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de febrero de 2018, en la causa seguida por un delito intentado de estafa agravada.
- 2) **Imponer** a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Sala de lo Penal del Tribunal superior de Justicia de Madrid, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Ana Maria Ferrer Garcia



Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ