



Roj: **STS 1377/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1377**

Id Cendoj: **28079120012020100275**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2020**

Nº de Recurso: **3288/2018**

Nº de Resolución: **282/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 282/2020**

Fecha de sentencia: 04/06/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3288/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/06/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Ciudad Real

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3288/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2<sup>a</sup>

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 282/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D.<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 4 de junio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 3288/2018 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D. Luis Alberto representado por la procuradora D<sup>a</sup> Paloma Izquierdo Labrada bajo la dirección letrada de D. David Sánchez Romero, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2<sup>a</sup> rollo 9/18) de fecha 9 de julio de 2018. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Juan María representado por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Dolores González Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Macario Ruiz Alcázar, como acusación particular.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ana María Ferrer García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción num. 6 de Ciudad Real incoó Procedimiento Abreviado num. 61/15, por delito estafa y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sec. 2<sup>a</sup> Rollo 9/18), que con fecha 9 de julio de 2018, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "A finales de Diciembre de 2.014, Luis Alberto, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 13 de noviembre de 2.006 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad por un delito de Estafa, se puso en contacto con Juan María, técnico de mediambiente y cuyos datos personales había obtenido a través de una profesora de un curso de empresas agrícolas de Claudia, con el objeto de ofertarle un trabajo.

Aceptada la propuesta y tras enviarle la documentación, consistente en un contrato de colaboración profesional con la mercantil Aseja Asesoramiento Agrario SL, que Juan María devolvió firmado, el día 9 de enero de 2.015, Luis Alberto llama telefónicamente a Juan María indicándole que la incorporación al puesto de trabajo debía verificarse necesariamente el 12 de enero, ofreciéndose en ese momento a buscarle una vivienda de alquiler siempre que le diese una autorización para ello y le enviase la cantidad de 760 euros, equivalente a una mensualidad de renta más la fianza, para hacer frente a dicho arrendamiento. Acto seguido, Juan María, apremiado por la urgencia manifestada y confiado en la seriedad de la operación, remite la autorización en los términos que se le solicitan y efectúa un giro inmediato desde El Palmar (Murcia) por el importe indicado (760 euros), más la tarifa de 12,75 euros, y a abonar en metálico, siendo su destinatario Luis Alberto, giró que es cobrado por éste.

El día 12 de enero de 2.015, Juan María viaja desde Murcia, su lugar de residencia, a Ciudad Real para dar inicio a su actividad laboral encontrándose con que en realidad ni las condiciones laborales eran las que creía ni Luis Alberto podía entregarle las llaves del piso en el que iba a residir ni había hecho ningún tipo de gestión en ninguna inmobiliaria viéndose obligado a alojarse en el Hotel El Molino durante dos noches soportando unos gastos de 49,50 euros de alojamiento y manutención de dos noches y habiendo abonado también 50 euros de gastos de desplazamiento, hasta que finalmente decidió regresar a su residencia, sin haber recobrado importe alguno de la cantidad entregada".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Luis Alberto como autor responsable criminalmente de un delito de estafa, previsto y penado en los artículos 248.1 y 249 del Código Penal, concurriendo la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código penal y la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, a **LA PENA DE UN AÑO DE PRISIÓN** e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas procesales, y que indemnice, de forma personal y directa, a Juan María en la cantidad de OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS EUROS CON VEINTINCO CÉNTIMOS DE EURO (872, 25 EUROS), más los intereses legales que correspondan.

Notifíquese esta sentencia a las partes observando lo prevenido en el Art. 248-4<sup>o</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/85 de 1<sup>o</sup> de Julio, con la advertencia a las partes de que contra la misma se podrá interponer Recurso de Casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de Ley o quebramiento de forma, en el plazo de **CINCO DIAS**, a contar desde la última notificación".

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

**CUARTO.-** El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1<sup>o</sup>. - Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE con infracción de ley del nº 2 del artículo 849 LECRIM.

2<sup>o</sup>. - Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho de defensa reconocido en el artículo 24.2 CE con infracción de ley, del número 2 del artículo 849 LECRIM.



**3º.-** Al amparo del artículo 849.1 LECRIM, por indebida aplicación del artículo 22.8 del CP.

**4º, 5º y 6º.-** Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, por la vulneración del artículo 248.1 CP, y la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24 de la CE.

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

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 3 de JUNIO de 2020.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo de recurso invoca el artículo 5.4 LOPJ para denunciar infracción de la tutela judicial efectiva.

Utiliza el paraguas de la infracción constitucional, con genéricas referencias a la tutela judicial efectiva proyectada sobre un déficit de motivación, al principio de legalidad o al de taxatividad, de las que se sirve para solicitar la nulidad de la sentencia recurrida, cuando lo que se denuncia no pasa de ser un mero error material. El juicio se celebró por delito de estafa, y así queda concretado en los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida. El relato de hechos probados se conforma sobre la base fáctica delimitada por tal acusación. El fundamento primero bucea en la prueba sobre la que se ha construido la secuencia que el relato de hechos probados rememora, que aborda desde el doble prisma de la acusación y la defensa; y el segundo desarrolla los presupuestos de tipicidad del delito previsto en los artículos 248 y 249 CP con abundantes citas jurisprudenciales, y el correspondiente juicio de subsunción. Es en el siguiente fundamento, dedicado al juicio de autoría, donde se produce el error. En lugar de decir que el acusado es autor responsable de un delito de estafa, dice que lo es de un delito de homicidio en grado de tentativa. Es una referencia equivocada, que no tiene mayor trascendencia, cuando en el fallo se condena expresamente por delito de estafa, con la penalidad que corresponde a esta, respecto a la que previamente, en el fundamento sexto, se ha desarrollado de manera pormenorizada el proceso de individualización, en relación, entre otros elementos, al importe de la defraudación. Lo mismo que ocurre con la responsabilidad civil.

No se trata, como insinúa el recurso, de una sentencia elaborada sobre fórmulas estereotipadas. Por el contrario, singulariza un proceso de argumentación proyectado sobre los aspectos fácticos y jurídicos concernidos, que condensa los elementos y razones de juicio suficientes para conocer cuáles han sido los criterios que fundamentan la decisión, y descartar que sean fruto de un error patente o de la arbitrariedad, por más que algún aspecto de la misma pueda resultar corregido. Es decir, desarrolla una motivación que diluye cualquier atisbo de indefensión, que no puede anclarse sobre un mero error material sin incidencia en el fallo, que damos por subsanado, y que bien pudo haberlo sido previamente a través del instrumento que ofrecen los artículos 267 LOPJ y 161 LECRIM.

El motivo se desestima.

**SEGUNDO:** El segundo motivo se enuncia por vulneración del derecho de defensa reconocido en el artículo 24.2 CE.

Considera el recurrente que se ha visto vulnerado su derecho de defensa al haber sido preguntado por la Presidenta del Tribunal de manera reiterativa por cuestiones sobre las que ya había respondido en principio al Ministerio Fiscal, y al interrumpir aquella al Letrado de la defensa cuando estaba interrogando al testigo denunciante, o en su turno para conclusiones. Finalmente se dice que cuando el acusado ejerció el derecho a la última palabra, intentó exponer lo que creyó conveniente de una forma totalmente respetuosa, y fue interrumpido impidiéndosele proseguir su discurso.

**1.** El examen de la grabación que documentó el juicio nos ha permitido comprobar que solo en una ocasión preguntó la Magistrada al acusado. Precisamente tras el interrogatorio del Ministerio Fiscal, para solicitar de aquel que respondiera a la pregunta, ya formulada y contestada con evasivas, de si había devuelto el dinero que obtuvo del denunciante. En otra ocasión para advertir al Letrado de la defensa de que estaba reiterando una pregunta al testigo víctima del delito, que no era procedente por no guardar relación con el fondo del asunto. Intervenciones, ninguna de las cuales dio lugar a protesta de la parte. En el trámite de conclusiones la Magistrada por dos veces hubo de advertir al Letrado que no era ese sino el de informe, el momento de desarrollar la pertinencia de la circunstancia atenuante que incorporó a su calificación. Finalmente, en la última palabra, cuando el acusado pretendió leer una resolución de la Audiencia Provincial de Cuenca, la Magistrada le interrumpió para que no alegara cuestiones jurisprudenciales, tras lo cual prosiguió su discurso hasta que tuvo a bien finalizar.



La posibilidad de que quien preside el juicio formule alguna pregunta o corrija cualquier exceso o disfunción de las partes se encuentra anclada en ejercicio de las facultades de dirección de las vistas que le atribuyen los artículos 683 y ss de LECRIM. Como dijimos en la STS 460/2016 de 27 de mayo, una interpretación ajustada a los principios constitucionales reclama neutralidad del Tribunal encargado del enjuiciamiento y pasividad en cuanto a la aportación de elementos probatorios, pero dan cauce a las intervenciones dirigidas a garantizar el adecuado desarrollo de esta fase del proceso.

Recordaba la STS 721/2015 de 22 de octubre que en materia de imparcialidad del Juzgador las apariencias son importantes, pues está en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. Durante el juicio, quien presida el Tribunal debe adoptar una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, como un tercero ajeno a los intereses que cada uno de los intervinientes defiende, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas ( STC 130/2002, de 3 de junio). Pero neutralidad no equivale a pasividad, por lo que el Juzgador puede, y debe, desempeñar funciones de ordenación del proceso, dirigiendo los debates y cuidando de evitar las discusiones impertinentes y que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad ( artículo 683 LECRIM), así como de garante de la equidad, el juego limpio y la buena fe entre las partes, evitando durante los interrogatorios las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes ( artículos 709 y 850 4º LECRIM).

Asimismo, la propia norma procesal faculta al Presidente, por sí o a excitación de los demás componentes del Tribunal, para dirigir a los testigos preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren ( artículos 708 LECRIM). La práctica y la doctrina jurisprudencial extiende como sujetos pasivos de esta actividad de solicitud de aclaraciones a los acusados ( STS 780/2006, de 3 de julio), siempre con moderación y prudencia para evitar una actividad inquisitiva encubierta ( STS 538/2008, de 1 de septiembre o STS 31/2011, de 2 de febrero), y como sujetos activos al Ponente u otro Magistrado ( STS 1164/98, de 6 de octubre), con autorización del Presidente.

En el presente caso las intervenciones de la Magistrada se desarrollaron de manera que la neutralidad y objetividad del Tribunal no se vieron comprometidas, y sin que pueda entenderse vulnerado el derecho de defensa.

2. El derecho a la última palabra reconocido al acusado en el artículo 739 LECRIM se inscribe plenamente en el derecho de defensa, pues otorga a quien ostenta esa condición la oportunidad de contradecir o someter a contraste todo el proceso probatorio, añadir lo que estime pertinente para su mejor defensa y facilitar la explicación que considere más ajustada a sus pretensiones, con una perspectiva mucho más amplia que aquella de la que pudo disponer en el momento de su interrogatorio. No en vano tal intervención se produce después de haber podido compendiar lo que ha ocurrido en el debate público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. Se trata de que lo último que oiga el órgano judicial antes de dictar sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa (entre otras STC 181/1994; 93/2005 de 18 de abril; 13/2006 de 16 de enero; o SSTS 849/2003 de 9 de junio; 891/2004 de 13 de julio o 355/2014 de 14 de abril).

Por eso se ha considerado un trámite esencial del procedimiento, cuya omisión produce indefensión, lo que no excluye que pueda ser limitado cuando incurre en excesos. En este caso, la mera advertencia que impidió la lectura de una resolución judicial que enlaza más bien con la defensa técnica, no fue determinante de indefensión. Especialmente una vez comprobado que, por el contrario de la que sugiere el recurso, salvada esa advertencia el acusado continuó con el uso de la palabra alegando sin cortapisas lo que a su derecho interesó.

El motivo se desestima.

**TERCERO:** El tercer motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida aplicación del artículo 22.8 CP.

Sostiene el recurso que el relato fáctico de la sentencia recurrida no contiene todos los datos sobre los que se ensambla la mencionada agravante. Que omite la fecha de extinción de la previa condena que reseña, día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación, que, en su defecto, deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia. Y añade que, en cualquier caso, tal pena quedó extinguida con anterioridad al 27 de diciembre de 2010, y para justificarlo aporta un auto dictado en la acusación de la que la misma dimana.

1. La doctrina de esta Sala, condensada entre otras en SSTS 4/2013 de 22 de enero; 313/2013 de 23 de abril; 547/2014 de 4 de julio; 630/2014 de 30 de septiembre; 521/2016 de 812/2016 de 28 de octubre; 857/2016 de 11 de noviembre; 147/2017 de 8 de marzo; STS 538/2017 de 11 de julio; 169/2018 de 11 de abril; 336/2018 de 4 de julio o 366/2018 de 18 de julio, ha entendido que para apreciar la reincidencia se requiere que consten en el *factum* la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato no será



necesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual.

Si no constan en los autos los datos necesarios se impone practicar un cómputo del plazo de rehabilitación favorable al reo, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención, indulto o expediente de refundición. Ya dijo la STC. 80/92 de 26 de mayo que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación, lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva.

A falta de constancia de la fecha de extinción, que constituye el día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación ( artículo 136 CP), este plazo deberá determinarse desde la firmeza de la propia sentencia.

**2.** Respecto a la posibilidad de integrar los déficits del *factum* con datos incorporados en la fundamentación jurídica de la sentencia, dijimos en la STS 495/2015 de 29 de junio y las que ella cita, que en el relato de hechos probados de la sentencia penal deben constar todos los elementos de la conducta que son relevantes para la subsunción en un determinado tipo penal, incluidos los de carácter subjetivo. De modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, hemos admitido que los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones fácticas que complementen el hecho probado. Se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena, de manera que a través de este mecanismo sólo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. Si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fáctico y jurídico- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para completar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo en perjuicio del acusado.

En lo que a la agravante de reincidencia se refiere, entre otras las SSTS 857/2016 de 11 de noviembre o 217/2016 de 15 de marzo, (a las que se remiten entre otras las SSTS 538/2017 de 11 de julio; 169/2018 de 11 de abril; o 336/2018 de 4 de julio) han afirmado que las carencias en la reproducción de la secuencia fáctica no pueden suplirse en perjuicio del reo por la mención de datos concretos en los fundamentos jurídicos o la remisión a la hoja histórico penal incorporada en las actuaciones. Sin embargo se ha admitido, siempre que los datos relevantes consten en los hechos probados (la fecha de las sentencias y los delitos objeto de condena), que las dudas que pudieran surgir respecto de la interpretación y valoración de los mismos se despejen con datos de contenido fáctico incorporados en la fundamentación jurídica ( STS 110/2017 de 22 de febrero).

**3.** En el caso que ahora se somete a nuestra consideración, el relato de hechos probados es parco en la descripción del previo antecedente en el que se basó la apreciación de la agravante de reincidencia. Simplemente indicó que a la fecha de los hechos el acusado había sido "ejecutoriamente condenado por sentencia firme de 13 de noviembre de 2.006 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ciudad por un delito de Estafa". No consta la fecha en la que la condena quedó extinguida, lo que obliga a retrotraer el cómputo a la de la firmeza. Tampoco indica la pena que fue impuesta, lo que deja abierta la vía a distintas posibilidades. La penalidad abarcada por el delito de estafa involucra plazos de cancelación de dos, tres, cinco y diez años ( artículo 136. 1 b), c), d), y e) CP. Incluso cualquier combinación jurídica determinante de la rebaja en un grado de la pena, podría conducirnos a la de tres meses de prisión, hoy pena leve a la que corresponde un plazo de cancelación de 6 meses (artículo 136.1 a). Todas las posibilidades son viables en abstracto, lo que implica que, computado el plazo de cancelación desde la fecha de la firmeza que se apunta (13 de noviembre de 2006), en todas las hipótesis salvo en la más grave que reconduce al plazo de diez años, el antecedente sería cancelable.

El fundamento jurídico aporta algún elemento más, pues señala "concorre en el acusado la agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal. A tal fin se ha de tener en cuenta que conforme a la hoja histórico penal del acusado (f. 10 y siguientes), con anterioridad a los hechos que dan origen a la presente causa había sido condenado por otros delitos de estafa, dándose la circunstancia de que la condena impuesta por la sentencia firme dictada por la Sección Primera de esta Audiencia de 13 de noviembre de 2.006, ejecutoria 36/2.006, al igual que otras anteriores, se cumplió y extinguió el día 14 de octubre de 2.014, de tal suerte que al tiempo de delinquir (9 de enero 2015) los antecedentes penales eran computables pues ni estaban cancelados ni eran susceptibles de ello como se deriva de una mera lectura del artículo 136 del Código Penal".

Introduce una fecha extinción, y aun cuando entendiéramos factible acudir a la posible integración prescindiendo de que se trata de una afirmación fáctica llamada a operar en perjuicio del reo, sigue faltándonos la pena que es la que determina el plazo de cancelación. Si bien es cierto que las posibilidades de que el mismo hubiera transcurrido, aun sin desaparecer, se estrechan considerablemente.



Aun así, la redacción del fundamento jurídico sugiere que la fecha de extinción citada se ha fijado en relación a un expediente de acumulación de penas, solo así puede interpretarse la alusión a que fueron varias penas las que quedaron cumplidas, extremo éste sobre el que debemos profundizar.

4. El artículo 22.8 CP establece que "hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza". Y añade "A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo..."

Los requisitos de la cancelación vienen establecidos en el artículo 136 CP, en el que se señalan unos plazos en función del tipo de pena impuesta.

Por lo demás dispone el citado artículo 136 que tales plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena establecida en la sentencia, sin otra especificación que la relativa a los supuestos en que la extinción se produce por efecto de la remisión condicional. Ninguna referencia contenía antes de la reforma de 2015 ni contiene ahora el precepto a los supuestos de acumulación jurídica de penas realizadas al amparo de los artículos 76 CP y 988 LECRIM.

La acumulación jurídica de condenas de los artículos 76 CP y 988 LECRIM es un instrumento orientado en beneficio del reo para determinar el máximo de cumplimiento efectivo de condena en caso de plurales infracciones, cuando las penas se han impuesto en distintos procesos, si los hechos pudieran haberse enjuiciado en uno sólo. No en vano el artículo 76 CP se encuentra ubicado en el capítulo destinado a la aplicación de las penas, en la sección que contempla las reglas especiales para tal aplicación.

Establece el artículo 76 CP que el máximo del cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, 20 años con carácter ordinario, que se elevan a 25, 30 o 40 en supuestos concretos.

Uno de los problemas que la ley no resuelve respecto a la acumulación jurídica de condenas es precisamente el que suscita nuestro interés. Es decir, cual debe entenderse que es el momento de extinción de las distintas penas acumuladas a partir del cual computará el plazo de cancelación previsto en el artículo 136 CP respecto a cada una de ellas.

En este caso, aunque la sentencia no lo explica, todo apunta a que se fijó un límite máximo de cumplimiento, pues fueron varias las condenas que quedaron extinguidas el mismo día. Y afirmar sin más que esa fecha es la que marca el *dies a quo* para todos y cada uno de los antecedentes concitados en la acumulación jurídica resulta en exceso reduccionista.

La regulación legal de la acumulación es parca, lo que obliga a una interpretación integradora de la misma que debe mantener una orientación pro reo. Por ello, aunque el conjunto punitivo resultante de la acumulación jurídica de penas se tome legalmente en consideración como un bloque unitario de cara a la aplicación al penado de determinados beneficios ( artículo 78.1 CP), no puede partirse de esa premisa en su perjuicio en los aspectos que la norma no contempla.

El artículo 76.1 CP está orientado a reducir a un límite máximo racional la extensión de privación de libertad de una persona por hechos cometidos en un determinado lapso temporal, sin que el silencio legal viabilice una interpretación en perjuicio del condenado, como la que supone considerar con carácter general que el momento de extinción de todas las penas que componen el conjunto punitivo se retrasa hasta el límite total de cumplimiento, y con él el inicio del plazo de cancelación (artículo 136).

La STS 280/2006 de 28 de febrero, aunque referida a un aspecto diferente de la acumulación, siguió esta misma pauta hermenéutica al señalar "la limitación de las penas acumuladas, establecida en beneficio del reo, no puede determinar la conversión de dos penas menos graves en una pena grave, en una improcedente interpretación contra reo.

Los requisitos de la cancelación vienen en el artículo 136 del mismo Código, en el que se señalan unos plazos en función del tipo de pena impuesta, y se determina que se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la establecida en la sentencia (Cfr. STS de 31-1-2005, nº 92/2005).

De ello se infiere -como apunta el Ministerio Fiscal- que no procede tomar en cuenta como parámetro para determinar el *dies* de la extinción, la extensión de la pena única resultante según el auto de refundición, sino sólo y exclusivamente la extensión de las penas refundidas, tal como han venido establecidas en las respectivas sentencias en que han sido impuestas."



Concluíamos en la STS 885/2016 de 24 de noviembre, cuyas pautas seguimos ahora, que es imprescindible examinar en cada caso los términos de la acumulación realizada. Pues el momento de extinción de algunas de las penas integradas en la misma podrá ser perfectamente individualizado, en particular el de las más graves, que por ello habrán de entenderse ejecutadas materialmente primero, según el orden que determina el artículo 75 CP. Habrá otras que sólo resulten parcialmente cumplidas de manera efectiva e incluso puede que algunas, por exceder del límite máximo de cumplimiento fijado, queden extinguidas por efecto de la acumulación sin ni siquiera haberse iniciado su cumplimiento real. Para estas últimas y para las que solo se cumplan en parte, esa fecha límite marcará la de su extinción por cumplimiento, pero no para todas las restantes.

La solución por la que en este caso opta la sentencia recurrida al partir de una fecha de extinción única aporta criterios de certeza, pero se aparta de la necesaria orientación pro reo en la medida que retrasa el inicio del plazo de cancelación de todas las penas jurídicamente acumuladas, con lo que se pueden llegar a lesionar derechos adquiridos por el penado en relación al mismo. Porque es evidente que algunas de las penas, y desde luego la de mayor duración, se han cumplido antes de alcanzar el límite máximo que triplica esta última. Y una vez cumplida de manera efectiva, no existen razones fundadas para entender que no hace nacer un plazo de cancelación respecto al antecedente que integra. Plazo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 136 solo se interrumpe por la comisión de un nuevo delito, lo que cabe excluir en el caso de ejecutorias acumuladas, pues ninguna de las que lo han sido podrá dimanar de hechos posteriores a la más antigua de las sentencias. Sin olvidar que incluso la doctrina de esta Sala desde el Pleno de 8 de mayo de 1997 referido al artículo 70 del CP de 1973, y más recientemente mantenida en las SSTS 297/2008 de 15 de mayo, 434/2013 de 23 de mayo o 172/2014 de 5 de marzo referidas ya al CP de 1995, ha admitido que se incluyan en la acumulación que se realiza con base en el artículo 76.1 CP penas que ya habían sido cumplidas y respecto a las que produjo el licenciamiento definitivo, porque el incidente de acumulación no puede quedar condicionado al azar de una tramitación procesal más o menos rápida, aspecto ajeno a la conducta del sujeto y del que no debe resultarle perjuicio. Siempre partiendo de una orientación en beneficio del reo que no puede tornarse en su contra haciéndole perder un derecho en cuanto al inicio del cómputo de cancelación, que ya ha adquirido.

Y ese análisis individualizado se impone en mayor medida como necesario en relación con la agravante de reincidencia. Ya lo decíamos en la STS 885/2016 antes citada. La acumulación aglutina condenas que derivan de infracciones heterogéneas vinculadas por un elemento de conexión cronológica -que dimanen de hechos que atendiendo al momento de su comisión, pudieron haberse enjuiciado en un solo proceso-. Sin embargo, de cara a la reincidencia solo serán efectivas las condenas por delitos incluidos en el mismo título del CP y de la misma naturaleza. Diferenciación que abona el tratamiento singularizado de las condenas eficientes para conformar la agravación. Por eso concluimos en la STS 885/2016 y lo hacemos ahora también, que en los casos en que no sea posible realizar ese análisis particularizado, necesariamente habremos de acudir como fecha de extinción a la de firmeza de la sentencia.

5. Y lo dicho nos enlaza con algunos datos que el recurso resalta. El mismo completa la sentencia en cuanto indica cual fue la pena que se impuso en la ejecutoria 36/2006 de la Sección 1ª de la Audiencia de Ciudad Real de 13 de noviembre de 2.006: 31 meses de prisión y multa de 4 meses y 15 días, en aplicación del CP según redacción anterior a la LO 5/2010. Y fue el mismo órgano judicial el que rechazó adecuar la condena al marco normativo que esta reforma generó, precisamente porque tal pena había quedado ya extinguida el 2 de mayo de 2010. Asertos que respalda con la aportación del auto de fecha 23 de diciembre de 2010. No contempla la casación, pues iría en contra de su esencia, un trámite a través del cual se introduzca prueba en esta instancia, lo que nos impide incorporar la citada resolución a tales efectos, pero no que las alegaciones de la parte puedan y deban ser tomadas en consideración. De tal manera que bien sea atendiendo a esta data o en su defecto a la de firmeza de la sentencia, a la fecha de comisión de los nuevos hechos, el antecedente señalado debía considerarse cancelable y, en consecuencia, ineficaz para sustentar la agravante de reincidencia.

En atención a ello el motivo va a ser estimado, aunque su efecto de cara a la pena a imponer, en los términos que se concretará en la sentencia que tras ésta habremos de dictar, será escasa. Como ha resaltado el Fiscal al impugnar el recurso, en la ponderación de la circunstancia de reincidencia con la de dilaciones indebidas que la Sala se instancia también apreció, se reconoció mayor intensidad a la atenuación al fijar la pena en la mitad inferior, no excesivamente alejada del mínimo legal.

**CUARTO:** Los tres siguientes motivos de recurso invocan el artículo 849.1 LECRIM en relación con el artículo 248 CP, que vinculan con la vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24 CE.

En estos tres motivos acumula el recurrente una primera alegación que mantiene que el engaño, elemento fundamental del delito de estafa, no ha quedado suficientemente probado; a lo que añade que la sentencia ha construido sus conclusiones al respecto, prescindiendo de la versión de descargo facilitada por el acusado. Y una segunda, por infracción del artículo 248.1 CP porque, a su entender, los hechos proclamados como probados no recogen los requisitos que tal precepto penal exige para su aplicación.



1. De manera reiterada hemos señalado que la invocación de la garantía constitucional de presunción de inocencia permite a este Tribunal de casación constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas conseguidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba; y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el *iter* discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( artículo 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

El juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración que hizo el Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales. Tampoco a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración de aquel por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

La sentencia recurrida dedica el primer fundamento de derecho a valorar la prueba practicada. Explica que ha tomado en consideración la versión del denunciante que considera creíble por la manera en que fue prestada y además en cuanto que ha quedado respaldada por la documentación que acredita la autorización que firmó o el giró que realizó, ambos a favor del acusado. Y también por la prueba testifical de la representante legal de la Inmobiliaria Suñé, quien precisamente desmontó la versión que el acusado había facilitado. No es que se prescindiera de las tesis exculpatorias que el recurrente esgrimió en la instancia, sino que, tal y como explicó la Sala sentenciadora, éstas no soportaron el contraste con la prueba de cargo practicada, analizada en términos que permiten concluir si idoneidad para desvirtuar la presunción de inocencia que amparaba al acusado.

2. El delito de estafa requiere la existencia de un engaño por parte del sujeto activo, que provoque en otro un error que le induzca a realizar un acto de disposición patrimonial que produzca un perjuicio, propio o de un tercero. El artículo 248 CP exige que el engaño sea bastante, en referencia a que ha de ser precisamente esa maquinación del autor la que provoque el error origen del desplazamiento patrimonial. Es decir, aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

La jurisprudencia ha resaltado dos aspectos respecto al engaño. En primer lugar, ha de ser idóneo, lo que exige tomar en consideración, por una parte, su objetiva potencialidad para hacer que el sujeto pasivo del mismo, considerado como hombre medio, incurra en un error; y de otro lado, las circunstancias de la víctima, es decir, su capacidad concreta según el caso para resistirse al artificio organizado por el autor. En segundo lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el acto de disposición que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente, al momento en que tal acto tiene lugar. Por lo tanto, el engaño debe ser la causa del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial.

En lo relativo a las obligaciones de autoprotección que serían exigibles a la víctima, la jurisprudencia ha aceptado excepcionalmente en algunos casos la atipicidad de la conducta cuando el engaño es tan burdo, tan fácilmente perceptible, que hubiera podido ser evitado por cualquier sujeto pasivo con una mínima reacción defensiva, o, al menos, por un sujeto pasivo cualificado obligado a ciertas cautelas.

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



Dijimos en la STS 660/2014 de 14 de octubre, con cita de las anteriores 482/2008 de 28 de junio y 162/2012 de 15 de marzo, que el principio de confianza o de la buena fe negocial que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La ley no hace excepciones a este respecto, ni obliga al perjudicado a estar más precavido en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección. Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto.

Doctrina que aplicada al presente caso obliga a rechazar la tesis que el recurso defiende, pues en atención a las circunstancias que el relato de hechos condensa, la maniobra engañosa desplegada por el acusado, que creó, con una oferta documentada, la expectativa de un empleo que requería la presencia sumamente urgente del perjudicado en una localidad distante de aquella en la que residía, y con ella la imperiosa necesidad de buscar un alojamiento, objetivamente valorada *ex ante*, fue idónea para causar el error. Esto es, para provocar en la víctima una percepción equivocada de la realidad que determinó el acto de desplazamiento patrimonial. Es decir, la creencia de que el dinero que le reclamaba prácticamente sin tiempo para decidir, iba destinado a localizar una vivienda, cuando el objetivo ya inicial del acusado, según quedó patente, solo fue el de obtener beneficio patrimonial.

El motivo se desestima.

**QUINTO:** La estimación parcial del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas de esta instancia.

## 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 procesal de D. Luis Alberto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª (Rollo 9/18), de fecha 9 de julio de 2018, en causa seguida contra el mismo y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 3288/2018

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

Dª. Ana María Ferrer García

Dª. Susana Polo García



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 4 de junio de 2020.

Esta sala ha visto el procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Ciudad Real, con el nº 61/15 y seguido ante la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Ciudad Real (Rollo 9/18), por delito de estafa y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 9 de julio de 2018, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. y Excmas. Sras. expresados al margen.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** En atención a lo expuesto en la sentencia que antecede, procede fijar la pena por el delito de estafa del artículo 248.1 y 249 por el que se condena al acusado, concurriendo como única circunstancia modificativa la atenuante de dilaciones indebidas. Tomaremos en consideración, de un lado que no se aprecian circunstancias de agravación, lo que algún reflejo debe tener respecto a la condena anulada, y de otro, los extremos que valoró la Sala sentenciadora. La misma explicó "entiende este Tribunal que procede imponer al acusado la pena en su mitad inferior habida cuenta el escaso montante económico de la cuantía defraudada (apenas duplica la cifra de 400 euros que marca el límite cuantitativo diferenciador con el delito leve), si bien no procede aplicar el mínimo legal de seis meses, inclinándonos por la pena de un año, toda vez que las circunstancias fácticas del caso, en especial el hecho de crear una situación ficticia jugando con valores tan esenciales en la situación económica actual como el trabajo o empleo aprovechándose de la debilidad y necesidad de las personas, genera una mayor antijuridicidad en su conducta, en especial en el desvalor en la acción que justifica que se excluya la pena mínima legal". Y así, fijamos la pena en 8 meses de prisión.

### FALLO

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

**CONDENAR** a Luis Alberto como autor responsable de un delito de estafa, previsto y penado en los artículos 248.1 y 249 del Código Penal, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal, a la pena de 8 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo, confirmando en todo lo que no se oponga a la presente, la sentencia de fecha 9 de julio de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2ª, Rollo de Sala de procedimiento abreviado 9/2018.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina