

Sentencia de la Sala penal del Tribunal Supremo de 29 de julio de 2026
(rec.132/2024)

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 524/2026

Fecha de sentencia: 29/07/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 132/2024

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/06/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TSJ DE CANARIAS CON SEDE EN
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 132/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 524/2026

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 29 de julio de 2026.

Esta Sala ha visto los recursos de casación acumulados bajo el nº **132/2024** interpuestos por **1.- Nemesio** representado por el Procurador Sr. D. Guillermo Leopoldo Medina Pérez y bajo la dirección letrada de D. Francisco Juan Carlos Tray Bousoño; **2.- Estrella** representada por la Procuradora Sra. D.ª Beatriz Soledad Ripolles Molowny y bajo la dirección letrada de D. Jonathan López Bautista y **3.- La acusación particular Florinda** representada por el Procurador sr. D. Ramsés Quintero Fumero y bajo la dirección letrada de D.ª Virginia Villaquirán Llinás contra *Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 25 de noviembre de 2023*, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) que condenaba a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de estafa agravada por afectar a vivienda y por razón de su cuantía. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº Tres de San Cristóbal de la Laguna, inició PA nº 379/2021, contra Estrella y otros por delito de estafa. Una vez concluso lo remitió a la *Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que dictó sentencia con fecha 31 de julio de 2023* y que recoge los siguientes **Hechos Probados:**" Probado y así se declara que: en el mes de febrero de 2020, Martina, contactó con Estrella, también conocida por Mónica, mayor de edad y sin antecedentes penales, sabedora que se dedicaba a gestiones inmobiliarias, y tras hablar con ella le encomendó la venta de su vivienda, sita en el n.º DIRECCION000 (DIRECCION001 -Pedro Álvarez), del término municipal de Tegueste, por un precio de 200.000 euros.

Posteriormente, en fecha no determinada del mes de mayo de ese mismo año, al comprobar Martina que había anunciado su venta en el portal web de "fotocasa" por un precio de 180.000 euros en lugar de los 200.000 que le dijo, optó dar por terminado el vínculo que le unía con Estrella para tal fin, y así se lo hizo saber.

No obstante lo anterior, Estrella, con pleno conocimiento de la ruptura y, por ende, que la venta por su parte no se iba a poder materializar, guiada por un ánimo de obtener un injusto enriquecimiento, fingió seguir adelante con la misma a Florinda, quien con anterioridad a la ruptura ya se había puesto en contacto con ella, había ido a ver la casa e incluso los días 5 y 13 del mes de mayo había hecho dos ingresos en concepto de reserva para su adquisición en la cuenta de CaixaBank finalizada en n.º NUM000, por importe cada uno de 1.500 €; siguiendo al respecto las instrucciones de Estrella.

Continuando con su plan, puesta de común acuerdo con Nemesio, también

mayor de edad y sin antecedentes penales, y a quien identificó ante Florinda como el abogado de la Sra. Martina, persona a la que esta no conocía de nada ni era abogado, logró que Florinda, bajo la creencia absoluta de que ella estaba facultada para tramitar la venta, entre finales de mayo y septiembre le hiciese diversas transferencias a los efectos de la formalización de la compraventa por importe de 102.000 Euros, que unidos a los 3.000 €; anteriores de la reserva hizo que el montante por Florinda abonado ascendiese a 105.000 €, suma que Estrella y Nemesio hicieron suya.

Las mentadas transferencias se hicieron a diferentes cuentas facilitadas por Estrella, sin que ninguna de ellas fuese de la titular del inmueble (Martina) ni tuviese poder de disposición sobre las mismas, concretamente:

1º En la Cuenta de CaixaBank finalizada en el n.º NUM000, donde se hicieron varias trasferencias por un importe global de 10.000 €, y que figura a nombre de la hija de Estrella (Elisenda).

2º Otra de Cajasierte, acabada en el n.º NUM001, a la que se efectuó una transferencia de 17.000 €, titularidad de Estrella y su madre Laura.

3º Igualmente otra por importe de 20.000 €; en la cuenta del ING terminada en NUM002 titularidad también de Estrella.

4º Otras dos por un importe total de 20.000 €; en la cuenta de Bankinter finalizada en NUM003, titularidad del coacusado Nemesio.

5º Y, por último, una transferencia del día 23 de julio de 2020 por importe de 35.000 €; a una cuenta de CaixaBank terminada en NUM004, en la que figura como titular la hija de la Erica y esta como autorizada, aunque era Erica quien la utilizaba.

Así las cosas, Florinda, visto que la compraventa no se formalizaba y que Estrella no hacía sino ponerle excusas de ello, insistió en reunirse con Nemesio en su condición de abogado de la Sra. Martina para ver lo que ocurría, reunión que tuvo lugar el día 2 de noviembre de ese año, y en la que él le comentó que estuviese tranquila, le confirmó que el dinero por ella ingresado en su cuenta era para la compraventa y que si esta no se realizaba le devolverían el dinero.

Igualmente, ese mismo día 2 de noviembre Florinda envió un burofax a Martina emplazándola para que el día 5 de ese mes acudiese a la Notaría del Sr. Caballé Cruz a los efectos de formalizar la compraventa ya que las dos ultimas citas, programadas para los días 14 y 21 de octubre, no había acudido, y que en caso de que no acudiese estaría obligada a devolverle el doble de lo recibido. Contestándole la Sra. Martina que ella no había autorizado la venta del inmueble ni recibido suma alguna de tal venta, siendo entonces cuando Florinda se enteró de lo ocurrido.

No consta que Erica, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien asesoró a Florinda en los contratos de arras por ella suscritos para la compraventa y en la escritura de donación que sus padres le hicieron a los efectos de ayudarla para pagar su precio estuviese en connivencia con Estrella y Nemesio en el plan por ellos urdido para quedarse con el dinero entregado por Florinda para la adquisición de la vivienda de Tegueste. como así hicieron.".

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia establece:

"Que debemos condenar y condenamos a Estrella Y A Nemesio como autores penal y civilmente responsables de un delito de estafa agravado por afectar a vivienda y también por razón de su cuantía, y que ya ha sido definido, no concurriendo en sus personas ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, a las penas para cada uno de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 12 MESES a razón de una cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de prisión por cada dos cuotas impagadas previa acreditación de insolvencia, y al pago de las 2/3 partes de las costas procesales.

Asimismo, deberán indemnizar, conjunta y solidariamente, a Dña Florinda, en la suma de 105.000 €; e interés legal por la misma devengado conforme al artículo 976 de la LEC .

Igualmente, debemos de ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Erica del mismo delito y por el que también se le acusaba, declarándose de oficio las costas causada a su instancia (1/3 parte).".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por los condenados Nemesio y Estrella, así como por la representación procesal de la acusación particular Florinda, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del *Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó Sentencia, con fecha 25 de noviembre de 2023* que, aceptando, los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los condenados don Nemesio, doña Estrella y el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular ejercida por doña Florinda contra la *Sentencia de 31 de julio de 2023 de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el procedimiento abreviado nº 34/2022* , que confirmamos. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación, el cual ha de anunciarse en el plazo de cinco días ante esta Sala a contar desde la efectuada al procurador, y ha de formalizarse ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por acusación particular y condenados que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por la Acusación particular Florinda.

Motivo primero.- Al amparo de los arts 852 LECrim . y 5. 4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art 24.1 CE . **Motivo segundo.-** Al amparo del art 849. 1º LECrim . por infracción de los art. 248 , 249 , 250. 1 y 2 CP . **Motivo tercero.-** Al amparo del art 849. 2º LECrim . por

error en la valoración de la prueba.

Motivos alegados por Nemesio.

Motivo primero.- Al amparo de los *arts. 852 LECrim* , y *5.4 LOPJ* por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia del *art 24.1 y 2 CE* . **Motivo segundo.-** Al amparo del *art 849.2º LECrim* . **Motivo tercero.-** Al amparo del *art 849. 1º LECrim* . por indebida aplicación de los *arts. 248 , 249 y 74 CP* .

Motivos alegados por Estrella.

Motivo primero.- Al amparo de los *arts 852 LECrim* . y *5.4 LOPJ* . por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del *Art 24.1 CE* . y a la presunción de inocencia del *art 24 CE* . **Motivo segundo.-** Al amparo del *art 849.2º LECrim* . **Motivo tercero.-** Al amparo del *art 849.1º LECrim* . por indebida aplicación de los *arts. 248 , 249 y 74 CP* .

QUINTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación. La Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 9 de junio de 2026.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

a) Recurso de Florinda.

PRIMERO.- El recurso de la acusación particular persigue un único objetivo, tan ambicioso como inalcanzable: revertir el pronunciamiento absolutorio recaído respecto de la acusada Erica para convertirlo en una condena como partícipe del delito de estafa por el que han sido condenados los coacusados. Con esa finalidad articula tres motivos diferenciados basados en los *arts. 852 y 849.1 º y 2º LECrim* .

Las razones de la absolución son de orden probatorio: la recurrida, según el Tribunal, desconocía el plan urdido por los dos condenados, así como su intencionalidad. Intervino, en la ignorancia del carácter fraudulento de la operación; al menos, no puede considerarse acreditado lo contrario. Así lo refleja el apartado final del hecho probado transcrito en los antecedentes.

Esta constatación alerta ya sobre la, más que dificultosa, imposible prosperabilidad del motivo conforme a una jurisprudencia plenamente consolidada que arrancó en los primeros años de este siglo y que ha informado y permeado no solo la praxis de nuestros tribunales, sino también la legislación positiva.

SEGUNDO.- Nos referimos, como se adivina enseguida, a la doctrina que sienta la imposibilidad de revisar en casación los hechos probados en perjuicio de un acusado. Las razones que sostienen esa idea, convertida en auténtico dogma procesal, aparecen de forma machacona, sistemática y profusa en infinidad de precedentes. Están cercenadas de forma casi absoluta las posibilidades de revisión por vía de

recurso tanto de sentencias absolutorias por motivos probatorios, como de apreciaciones de hecho beneficiosas para el reo. Solo argumentos exclusiva y estrictamente jurídicos y de orden sustantivo, sin quiebro probatorio, pueden empeorar mediante un recurso la situación del acusado sentenciado.

La *STC 167/2002, de 18 de septiembre* representa el primer hito en nuestra historia jurisprudencial de esa doctrina luego reiterada en Sentencias de tal Tribunal cuyo número supera holgadamente el centenar (entre muchas otras, *SSTC 21/2009, de 26 de enero* ó *24/2009, de 26 de enero*, *80/2013*, *120/2013*, *105/2014* ó *191/2014*).

El arsenal argumentativo gira alrededor de los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes, entre otros, del derecho a un proceso con todas las garantías (*art. 24.2 CE*). Si se quiere guardar fidelidad a esos principios -viene a sostenerse- una condena no puede fundarse más que en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la resolución, tras un debate público en el que se brinde ocasión a la defensa para contradecir la totalidad del acervo probatorio. En consecuencia, cuando en vía de recurso se plantean cuestiones de hecho vinculadas a la valoración de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, es imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano *ad quem* pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. El Tribunal debe oír personalmente a testigos, peritos y acusados, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, y corregir, en su caso, la efectuada por el órgano de instancia. Si no es posible legalmente esa audiencia -que no lo es con carácter general- solo será viable un recurso de la acusación por divergencias en la valoración probatoria encaminado a la anulación para celebrar nuevo juicio (o, excepcionalmente, nueva sentencia de instancia). No puede aspirar a una condena *ex novo* dictada por el Tribunal *ad quem*.

Estas pautas, elaboradas inicialmente en torno a la apelación, son proyectables a la casación.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia recayó en el caso *Ekbatani contra Suecia* (*STEDH de 26 de mayo de 1988*). Le seguirían tres *SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia* , caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). Dicha doctrina se consolidó en múltiples pronunciamientos posteriores: *SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); *STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumania*) y *STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible.

La doctrina del TEDH es especialmente estricta en estas cuestiones.

Evoquemos algunos pronunciamientos.

a) La *STEDH de 29 de marzo de 2016* (*Gómez Olmeda c. España*) considera inadmisibles una condena *ex novo* en apelación (recurso más flexible que

la casación) pese que el Tribunal de apelación hace protesta de haber visionado la grabación del juicio en la instancia y pese a respetarse formalmente el hecho probado, pues la discrepancia se refiere a una valoración de cuestiones internas o psicológicas. Leemos en tal sentencia:

"Posteriormente, el Gobierno alegó que el visionado del vídeo por parte de los jueces de la Audiencia Provincial se equiparó a la celebración de un juicio oral a efectos del artículo 6.1 del Convenio. Admitieron que un juicio oral no es exactamente igual que visionar un vídeo, pero subrayó que su visionado había proporcionado a los jueces acceso completo a las pruebas aportadas al tribunal penal. En opinión del Gobierno, el visionado del vídeo situó a los jueces de la Audiencia Provincial en una mejor posición para tomar una decisión acertada sobre el caso que si se hubiese llevado a cabo un nuevo juicio oral, ya que el primero les había permitido contar con acceso completo y personal a todas las pruebas aportadas al tribunal penal. El Gobierno en consecuencia mantuvo que no hubo vulneración del artículo 6.1 del Convenio.

El Tribunal indica en principio que los hechos que dieron lugar a la actual demanda son parecidos a aquellos en los casos *Valbuena Redondo c. España* (nº 21460/08, de 13 de diciembre de 2011); *Almenara Álvarez c. España* (nº 16096/08, de 25 de octubre de 2011); *García Hernández c. España* (nº 15256/07, de 16 de noviembre de 2010); *Marcos Barrios c. España* (nº 17122/07, de 21 de septiembre de 2010); *Igual Coll c. España* (nº 37496/04, de 10 de marzo de 2009); y *Bazo González* (citado anteriormente), en los que los demandantes, absueltos de cargos penales en primera instancia, fueron condenados por dichos cargos sin haber sido oídos en juicio oral. En el presente caso, sin embargo, el Gobierno sostuvo que el visionado del vídeo por parte de los miembros de la Audiencia supuso llevar a cabo un juicio oral a los efectos del artículo 6.1 del Convenio.

Respecto a los principios generales relevantes aplicables al caso actual, el Tribunal se remite a aquellos enunciados en el caso *Lacadena Calero c. España* (nº 23002/07, §§ 36-38, de 22 de noviembre de 2011).

En el presente caso, es indiscutible que el demandante fue condenado por la Audiencia Provincial por un delito del que fue absuelto en primera instancia sin haber sido oído en persona.

Con el fin de determinar si se ha producido una vulneración del artículo 6 del Convenio, por tanto, es necesario examinar el papel de la Audiencia y la naturaleza de las cuestiones planteadas.

El Tribunal no comparte la exposición del Gobierno de que el demandante no podía recriminar que no se hubiera celebrado un juicio oral teniendo en cuenta que no lo había solicitado. El Tribunal reitera sus conclusiones en el caso *Igual Coll* (citado anteriormente, § 32), en el que señaló que no existió una razón concreta para que el demandante solicitase una vista oral ya que había sido absuelto en primera instancia tras un juicio oral en el que se presentaron pruebas diferentes y en el que fue oído. El Tribunal por tanto considera que el tribunal de apelación tenía el deber de tomar medidas positivas con este fin, a pesar de que el demandante no hubiera solicitado expresamente que se celebrase un juicio oral (see, *mutatis mutandis*, *Dănilă c. Rumanía*, nº 53897/00, § 41, de 8 de marzo de 2007, y *mutatis mutandis*, *Botten c. Noruega*, de 19 de febrero de 1996, § 53, *Informes de sentencias y decisiones* 1996-I).

El Tribunal reitera que es necesario un juicio oral cuando se emplaza al tribunal de apelación a examinar hechos nuevos probados en primera instancia y los ha reconsiderado, yendo más allá de consideraciones estrictamente jurídicas (ver *Igual Coll*, anteriormente citado, § 36).

La Audiencia tuvo en cuenta el elemento objetivo de la denuncia -la existencia de mensajes insultantes a los querellantes- y examinó igualmente el propósito, comportamiento y credibilidad del demandante. Concretamente, la Audiencia, a diferencia del juez de primera instancia, constató que el demandante había sido consciente de que había mensajes insultantes. También le le impuso una condena por primera vez en relación con este delito. **No obstante, la Audiencia examinó todo ello sin oír al demandante en persona.**

La Audiencia por tanto se separó de las conclusiones del juzgado de primera instancia, realizando una evaluación completa de la cuestión sobre la culpabilidad del demandante tras reconsiderar el caso respecto a los hechos y al derecho (ver, entre otros precedentes, *Ekbani c. Suecia*, de 26 de mayo de 1988, § 32, Serie A nº 134; *Constantinescu c. Rumanía*, nº 28871/95, § 55, TEDH 2000-VIII; *Lacadena Calero*, citado anteriormente, §§ 36 y 38; y *mutatis mutandis*, *Ion Tudor c. Rumanía*, nº 14364/06, § 21, de 17 de diciembre de 2013). Al respecto, el Tribunal declaró que cuando se emplaza a un tribunal de apelación a llevar a cabo una evaluación del elemento subjetivo del delito, como ha ocurrido, habría sido necesario en este caso que el tribunal sustanciase un examen personal y directo del testimonio aportado en persona por el inculcado que reclama no haber cometido el presunto acto constitutivo de delito penal (ver *Lacadena Calero*, citado anteriormente, § 47).

La falta de audiencia al acusado es incluso más difícil de conciliar con los requisitos de un proceso equitativo en las circunstancias concretas de este caso, en el que el tribunal de última instancia fue el primer tribunal en condenar al demandante en el proceso incoado para determinar los hechos que se le imputan (ver *Constantinescu*, citado anteriormente, § 59, *Andreescu c. Rumanía*, nº 19452/02, § 70, de 8 de junio de 2010, *Igual Coll*, citado anteriormente, § 35, *Marcos Barrios*, citado anteriormente, § 40; y *Popa and Tănăsescu c. Rumanía*, nº 19946/04, § 52, de 10 de abril de 2012).

Además, contrariamente a lo mantenido por el Gobierno, el Tribunal considera que el visionado del vídeo por la Audiencia no compensó la falta de juicio oral ya que, en lugar de reaccionar ante el derecho del demandante para dirigirse a la Audiencia, simplemente constituía una parte de la revisión de la Audiencia del procedimiento en primera instancia.

El Tribunal indica que el Tribunal Constitucional, al resolver en casos parecidos, ha establecido que el visionado de un vídeo de un juicio en primera instancia no capacita a un tribunal de apelación para evaluar testimonios personales (ver párrafos 16-17 anteriores)

En consecuencia, no puede considerarse que el visionado del vídeo situase a la Audiencia Provincial en igual posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio.

A la vista de cuanto antecede, el Tribunal concluye que, en el presente caso, la Audiencia Provincial incumplió los requisitos de un proceso equitativo. Se ha vulnerado por tanto el artículo 6.1 del Convenio.

b) La *STEDH de 20 de septiembre de 2016 (asunto Hernández Royo contra España)* refrendará la condena dictada en apelación por cuanto los acusados habían sido citados a la vista en la Audiencia Provincial dándoseles así posibilidad de ser oídos. Solo esa circunstancia permite armonizar la condena con las exigencias del *art. 6.1 CEDH*, insistiéndose de nuevo en la misma doctrina: El razonamiento y la solución son paralelos en la *STEDH de 13 de marzo de 2018 (De Vilches Gancedo y otros c. España)*. Si se *bendice* la condena dictada en segunda instancia revocando la absolución del Juzgado de lo Penal, es porque a los acusados se les brindó la oportunidad de ser oídos personalmente ante la Audiencia Provincial. Sin esa audiencia sería imposible la revocación. En casación no es legalmente factible la audiencia de los acusados.

c) En la jurisprudencia de *este Tribunal, puede servir como botón de muestra la STS 363/2017, de 19 de mayo*. Tras reproducir las líneas generales que acaban de exponerse se dice:

"El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal antes de resolver, aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en la doctrina del TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es debate sobre estrictas cuestiones jurídicas.

Contrastemos estas premisas con el camino casacional que intenta la acusación particular: el *art. 849.2º LECrim*.

Una serie de pronunciamientos del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del *art. 849.2 LECrim*. Ha de considerarse prácticamente abolida su capacidad de operar contra reo en materia penal. Particularmente significativa es la *STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España)*. La inicial sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica. Se apoyó la Audiencia en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal de Estrasburgo se violó el artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la *STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto Gómez Olmedo c. España)*.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 proclamó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación. Con ese acuerdo esta Sala Segunda de manera indirecta cercenó drásticamente la viabilidad del *art. 849.2º LECrim* en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH cancela su capacidad para sustentar una condena dictada en casación salvo correctivos interpretativos.

Esa conclusión se baraja ya en la *STS 976/2013, 30 diciembre*: «...sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho

constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

Estimar el motivo con el alcance que le confiere la recurrente supondría violentar la doctrina que se ha tratado de sintetizar. La capacidad revisora del *art. 849.2º LECrim* ha de entenderse extremadamente reducida cuando se utiliza contra reo; salvo que reinterpretemos el *art. 902 LECrim* considerándolo inoperante en esos casos. No cabe como regla general dictar segunda sentencia condenatoria o agravatoria como consecuencia de la estimación de un motivo apoyado en el *art. 849.2º LECrim* ".

Y más adelante:

"Como se sugiere en la citada *STS 976/2013* y como propone el Fiscal según se indicó, cabe reenfocar esa petición hacia metas diferentes. No puede esta Sala ex novo dictar una segunda sentencia condenatoria; pero sí estaría facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, (o en general de toda la actividad probatoria) para anular la sentencia y devolver el examen al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento o pruebas en general.

Esa salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el *art. 852 LECrim* amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Ha de tratarse de una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En una u otra vía (*art. 849.2º* ó *art. 852*) la respuesta habrá de ser la misma: anulación de la sentencia y reenvío al Tribunal de instancia; nunca pronunciar una segunda sentencia como hasta ahora imponía (con alguna excepción) la estimación de cualquier motivo por infracción de ley.

Pero no solo es que el razonamiento de la Sala diste mucho de ser arbitrario; es que es razonable; tanto, al menos, como las discrepancias que el Fiscal en casación aduce respecto de algún punto del mismo, discrepancia que, a fin de cuentas, como él mismo expresa aboca al *in dubio*"

Son muchos otros los precedentes, anteriores y posteriores, que, enfatizando unas u otras cuestiones, sostienen en lo esencial idéntica doctrina.

TERCERO.- La absolución recaída se combate primeramente a través del *art. 852 LECrim* con invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (*art. 24.1 CE*). No se hace, sin embargo, explícita solicitud de nulidad de la sentencia, con las dificultades que ello arrastra (*art. 240.2 LOPJ*). Pero no será esta la razón de la desestimación.

En abstracto, frente a una absolución cuyas razones se revelen como arbitrarias, irrazonadas y/o irrazonables, es factible una casación por virtud del *art. 24.1 CE* . Pero es imprescindible patentizar esas graves deficiencias. No basta, como hace el primer motivo, con reiterar la tesis fáctica propuesta por la acusación y desechada por el Tribunal, para concluir que se ha lesionado la tutela judicial efectiva. Es obvia la inviabilidad de ese simplista planteamiento. La tutela judicial efectiva -es esto otra obviedad- no queda lesionada por el simple hecho de que no se hayan acogido las pretensiones de una parte. Si fuese así cualquier decisión del Tribunal en

un escenario contradictorio -tesis opuestas- inevitablemente supondría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes, y, en ocasiones, de las dos.

Las razones de la valoración probatoria de la Sala de instancia están recogidas en la sentencia. Se nos antojan totalmente lógicas y suasorias. No hace la recurrente el más mínimo esfuerzo por demostrar otra cosa.

Los Magistrados que presenciaron toda la prueba no alcanzaron convicción sobre ese concreto extremo (connivencia de la acusada absuelta); y, como es obligado en una causa penal, ante su incertidumbre se han decantado por la hipótesis más favorable a la acusada, es decir, no dando por probada su implicación en el fraude. Respecto de ella no han alcanzado el canónico estándar de *certeza más allá de toda duda razonable*.

CUARTO.- La proyección a los elementos subjetivos de las limitaciones que pesan sobre la revisión de absoluciones en vía de recurso está afirmada en múltiples resoluciones. Hay que insistir en ello en tanto ahí radica la razón nuclear, aunque no única, que lleva a la Sala de instancia a rechazar la condena. Objetivamente participó en los hechos constitutivos de estafa; pero actuó sin conciencia de la intención fraudulenta.

La *STS 70/2014, de 3 de febrero* dirá al respecto:

"El panorama es sustancialmente similar cuando lo que se busca es modificar la valoración de un elemento interno como, en este caso, el ánimo de matar. Hasta hace unos años ningún obstáculo existía para hacer valer en casación esa pretensión a través del *art. 849.1º LECrim*. Hoy esa vía está también cerrada salvo casos singulares en que en verdad lo que late detrás de la pretensión impugnatoria no es una modificación de la valoración sobre ese elemento de hecho sino un tema de subsunción jurídica (vid *STC 205/2013, de 5 de diciembre*). No es ese el supuesto que se ventila ahora. Se quiere que se sustituya lo que el jurado da por probado (que "el acusado tenía ánimo de herir") por otra inferencia fáctica distinta ("el acusado tenía ánimo de matar", o "conciencia de que podía causar la muerte", lo que expresamente se dio por no probado).

La doctrina jurisprudencial tradicional entendía que esos elementos internos no son propiamente hechos, sino deducciones que deben derivarse de circunstancias externas; que la posición del Tribunal en casación es semejante en ese punto a la de la Audiencia y que, por tanto, era factible la revisión.

Esa doctrina nació en un marco en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS en casación era muy angosto. Pero desde que se abrió la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdía parte de su sentido por más que se haya perpetuado hasta fechas bien cercanas. Las intenciones, los elementos internos, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se le llama inferencias: a la fijación de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la *quaestio facti*. Abierta al control casacional la prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y reglas del *art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, se diluye la indudable utilidad que pudo tener en su día la doctrina del TS (inferencias revisables por el cauce del *art. 849.1º LECrim* pero que, además, permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia).

En esos casos el Tribunal de Casación resolvía pudiendo dictar una sentencia condenatoria sin oír directamente al imputado, y sin existir, por tanto, intermediación respecto de tal medio probatorio.

La revisión de la suficiencia del juicio de hecho a través de la presunción de inocencia, es factible. Con ello desaparecieron algunas de las causas que estaban en las raíces de esa tesis clásica que cristalizó en una atmósfera en que la rigidez de la casación invitaba a arbitrar válvulas de escape. Pero las inferencias no son más que una forma de prueba indirecta de hechos internos. Prueba indiciaria y legitimidad de las inferencias se miden por parámetros o juicios similares. Son hechos anímicos, pero "hechos" aunque con una peculiaridad: han de acreditarse a través de elementos externos, deducirse de éstos. Esa deducción es prueba indirecta: de unos hechos externos se infieren otros internos.

Esa doctrina era inconciliable con las pautas marcadas desde Estrasburgo. Puede considerarse abandonada; especialmente a partir del acuerdo ya citado del Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012. Los elementos internos se ubican en la cuestión fáctica. La jurisprudencia del TC que había consentido con otra interpretación (vid *SSTC 328/2006, de 20 de noviembre* , *60/2008, de 26 de mayo* , y *124/2008, de 20 de octubre*) ha sido desautorizada por el Tribunal de Estrasburgo y abandonada por el propio TC (*STC 157/2013*)

La *STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España* , tras recordar varios precedentes (*sentencias Bazo González*, de 16 de diciembre de 2008 ; *el asunto Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009 ; *Marcos Barrios contra España*, de 21 de septiembre de 2010 ; y *el ya citado García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010) proclama la indispensabilidad de una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. Para el TEDH en el caso *Almenara Álvarez* la Audiencia no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica. Se pronunciaba sobre una *cuestión de hecho*, a saber: la *intencionalidad* en el momento de vender algunos inmuebles como presupuesto de una condena por el delito de alzamiento de bienes. La apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico.

La *STEDH de 13 de diciembre de 2011 -asunto Valbuena Redondo* - condenaría nuevamente a España. El TEDH remarca otra vez la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no escapa a la cuestión de hecho.

Las *SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero* (cuyo precedente era la *STC 328/2006, de 20 de noviembre*), de 20 de marzo de 2012, (caso *Serrano Contreras*) y de 27 de noviembre de 2012 (caso *Vilanova Goterris y Llop García*) se refieren a resoluciones de casación: tampoco puede llegarse a una primera sentencia condenatoria o una agravación al conocerse de la casación contra el pronunciamiento absolutorio, ni siquiera con el subterfugio de reconducir las inferencias sobre elementos subjetivos al ámbito de la cuestión jurídica. En la *STEDH Serrano Contreras* se analiza un supuesto que había comenzado con la absolución del acusado por delitos de estafa y falsedad por la Audiencia Provincial. La *STS 1435/2005, de 14 de octubre* condenó estimando el recurso de casación. El recurso de amparo contra ella no fue admitido a trámite. En criterio del TEDH los órganos nacionales con esas actuaciones no se habrían atendido a las exigencias del

Convenio. Argumenta así: *"el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer 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* (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47). *Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta* (Lacadena Calero, antes citada, § 48). *El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación"*.

Asumiendo el coste de ser, no ya reiterativos, sino pura y llanamente cansinos, creemos que compensa citar también con transcripción de algunos de sus pasajes, pese a que padezca la ya más que maltrecha brevedad, algunos pronunciamientos del TC, más cercanos en el tiempo. Son tajantes e inmisericordes (en sentido figurado obviamente) a la hora de no tolerar el más mínimo portillo en esos rocosos principios.

La *STC 146/2017, de 14 de diciembre* anula una sentencia de esta Sala Segunda por esa razón. Dice el TC:

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la *STC 167/2002*, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran inmediación (por todas, entre las últimas, *SSTC 127/2010*, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o *126/2012*, de 18 de junio, FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, *STC 137/2007*, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (por todas, *SSTC 328/2006*, de 20 de noviembre FJ 3. o *184/2009*, de 7 de septiembre, FJ 2).

Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, *este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009*, afirmó **"que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión**

sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012 , de 18 de junio , FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto *Igual Coll c. España* , § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto *Marcos Barrios c. España*, § 32 ; 16 de noviembre de 2010, asunto *García Hernández c. España* , § 25; 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*, § 39 ; 22 de noviembre de 2011, asunto *Lacadena Calero c. España*, § 38 ; 13 de diciembre de 2011, asunto *Valbuena Redondo c. España* , § 29; 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España* , § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España* , y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto *Atutxa Mendiola y otros c. España* (§ 41 a 46).

Esta última merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos, y concluyó que los acusados se habían negado "de manera consciente y deliberada" a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que éstas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada § 36). Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados, a saber que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo ha sido decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que concluyó que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, conclusión que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes (asunto *Serrano Contreras*, anteriormente citada, § 39). Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes han sido privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, en consecuencia, por lo que ha habido violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46).

La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite ya anticipar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa en relación con el conocimiento que los acusados tenían o debían tener sobre el carácter prohibido de su conducta, no así en relación con la consideración de la conducta como típica. (...)

b) Distinta conclusión debemos alcanzar en relación con la segunda de las

cuestiones suscitadas, esto es, la relativa al respeto de la exigencia de inmediación en la valoración de pruebas personales y del deber de audiencia de los acusados como garantías específicas del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa respectivamente por el Tribunal Supremo al efectuar **la inferencia sobre el conocimiento de la antijuridicidad de los recurrentes subyacente a la calificación como** vencible o invencible el error de prohibición en el que incurrieron los recurrentes.

El caso planteado presenta una serie de singularidades frente a otros supuestos enjuiciados por este Tribunal Constitucional, que son las siguientes: i) el error de prohibición no había sido alegado por los recurrentes ante la Audiencia Provincial, como tampoco lo había sido en el recurso de casación; ii) la cuestión del error es analizada de oficio, en tanto que beneficiosa para los acusados, con posterioridad a estimar el primer motivo del recurso de casación, esto es, tras considerar que la conducta era típica y en consecuencia anular la Sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial; iii) el Tribunal Supremo es quien abre un trámite para que las defensas de los acusados y el Ministerio Fiscal informen sobre si concurren los presupuestos del error previsto en el *artículo 14 CP*.

Son precisamente estas vicisitudes, y especialmente, el carácter favorable de la apreciación del error vencible de prohibición, lo que llevó a que el Tribunal Supremo descartara la vulneración del derecho de defensa, por no haber dado la posibilidad de oír a los acusados. Por otra parte, son precisamente esas peculiaridades las que llevaron a apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna.

Debe coincidirse con el Ministerio Fiscal en que de haber limitado el Tribunal Supremo su actuación al primer motivo casacional: la tipicidad o atipicidad de la conducta probada, la condena de los inicialmente absueltos no hubiera merecido reproche constitucional alguno ni desde la garantía de inmediación ni desde la perspectiva del derecho de defensa conforme a la doctrina expuesta.

El razonamiento por el que la segunda sentencia del Tribunal Supremo descarta el carácter invencible del error de prohibición y estima que concurre el error de prohibición vencible se sustenta en la inferencia llevada a cabo a partir de unos hechos base reflejados en los hechos probados tomando en consideración el contexto sociológico, el debate suscitado en pronunciamientos judiciales y el tenor de los Estatutos de la asociación afectada. Ahora bien, el Tribunal Supremo, aunque formalmente no modifica el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, -que había detenido su juicio en el elemento de la tipicidad penal- lo completa al introducir un nuevo elemento fáctico que imposibilita la exención de la responsabilidad penal y que a la postre será determinante de la condena en la segunda de las sentencias. Es precisamente en esta Sentencia, en la que el Tribunal Supremo llega a la convicción de que los recurrentes se representaron como posible la antijuridicidad de su actividad y no trataron de despejar esa duda, en consecuencia, aprecia el error de prohibición como vencible y excluye, por dicha razón, la invencibilidad del mismo. Ahora bien, para alcanzar tal conclusión el Tribunal Supremo, orilló cualquier ponderación de las declaraciones personales practicadas ante la Audiencia Provincial; en concreto, eludió valorar las declaraciones de los coacusados, en las que, según refieren en su escrito de alegaciones ante el Tribunal Supremo, manifestaron "su creencia absoluta y sin género de dudas de que la Asociación y sus asociados obraban conforme a derecho". De este modo el Tribunal Supremo privó de cualquier virtualidad

probatoria a las declaraciones de los coacusados por las que negaban haberse planteado la antijuridicidad de su comportamiento, pese a que no tomó conocimiento directo e inmediato con tales pruebas personales en condiciones plenas de inmediación, contradicción y publicidad.

Por otra parte cuando el Tribunal Supremo abre el debate sobre la conciencia de la antijuridicidad de la conducta y solicita a las partes que le informen sobre la concurrencia de un error del *artículo 14 CP*, se introduce en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con la culpabilidad de los acusados, decantando su decisión no por la solución exoneradora de la responsabilidad penal interesada por la defensa de los acusados -lo que hubiera determinado una respuesta penal absolutoria, como la de la instancia, carente por ello de esta específica problemática constitucional-, sino por una exoneración parcial, al considerar que el error padecido por los acusados era vencible, lo que a la postre lleva a que se condene a los inicialmente absueltos.

En efecto, el Tribunal Supremo, en su segunda Sentencia, condena a los acusados absueltos al descartar que el error de prohibición fuera invencible, esto es, rechaza que los acusados tuvieran la certeza firme sobre la legalidad de su actuación -tesis mantenida en el trámite de alegaciones por el letrado de los acusados-. **Para alcanzar tal conclusión la Sentencia efectúa un razonamiento deductivo que partiendo de los hechos probados le lleva a afirmar que los acusados sopesaban y se representaban como posible la antijuridicidad de su actividad, lo que determina la exclusión de la invencibilidad del error y en consecuencia la revocación de la previa absolución sin atender la exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa (*art. 24.2 CE*), y ello pese a que el núcleo de lo debatido, introducido de oficio por el Tribunal Supremo, afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad y no versaba sobre estrictas cuestiones jurídicas (este era el caso de las *SSTC 45/2011*, de 11 de abril, FJ 3, o *153/2011*, de 17 de octubre, FJ 6).** El razonamiento del Tribunal Supremo versó sobre la intención de los acusados inferido de los hechos probados completados y reinterpretados con el examen de la prueba documental, por lo que la cuestión no podía ser resuelta sin dar la posibilidad a los recurrentes de ser oídos personalmente, y sin que dicha garantía pudiera ser sustituida por el trámite de alegaciones concedido a su abogado, dada la naturaleza de las cuestiones de hecho y de derecho determinantes de la culpabilidad o de la inocencia, de los acusados.

A este respecto, cabe destacar que la reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó a una mera discrepancia jurídica, sino a la apreciación de la posibilidad de conocer lo ilícito de su conducta, concluyendo con la alternativa -error vencible de prohibición- que agravaba la absolución de la instancia, por lo que la posibilidad de los condenados de ser oídos era obligada para garantizar su defensa (por todas, la reciente *STEDH de 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España*). (énfasis añadido).

Es decir, la apreciación en favor del reo de un error de prohibición de carácter vencible, descartando su invencibilidad, nunca alegada en la instancia, no era viable. Solo oyendo a los acusados de forma directa era factible rechazar en sede de casación la hipótesis, nunca aducida en el plenario, de la inevitabilidad del error. Cuanto más la expresa proclamación por el Tribunal de instancia de sus dudas sobre la presencia del

elemento subjetivo del delito ha de ser escrupulosamente respetada en casación si queremos ajustarnos al sistema legal de fuentes y al papel que se otorga a la doctrina emanada de tal Alto Tribunal (*art. 5.1 LOPJ*).

Las SSTC 36/2108 y 37/2018, de 23 de abril pueden servir de broche de cierre a este elenco de referencias jurisprudenciales. Se anulan sendas sentencias de esta Sala Segunda con argumentos similares: una Sala de casación penal no está autorizada para realizar inferencias sobre elementos internos que perjudiquen al acusado. Sin oírlo directamente, no es posible. Careciendo un recurso de casación de un trámite hábil para ello (que sería además incompatible con la naturaleza de este recurso), la conclusión es obvia. Nunca puede ser estimado por razones de fondo un recurso de casación interpuesto por una acusación que propugne revisar las deducciones o inferencias sobre los elementos psicológicos o internos determinantes de la tipicidad o de la culpabilidad.

Desde el momento en que la sentencia sometida ahora a censura casacional considera que la acusada actuaban en la creencia de la licitud y legitimidad de la operación inmobiliaria en la que intervenía, falla el tipo subjetivo del delito de estafa que no admite una versión culposa. No podemos en esta sede discrepar de la estimación de la Sala de instancia, refrendada por la de apelación, y afirmar que sí concurría ese elemento subjetivo; y que era consciente de la ilegalidad de la actuación.

Los argumentos aducidos por el Tribunal *a quo* para rechazar esa inferencia, por otra parte, distan de ser arbitrarios, voluntaristas, o caprichosos; antes bien, aparecen rodeados de racionalidad, lo que no significa que no puedan discutirse o no compartirse; pero no en casación.

El motivo no puede prosperar. Solo podemos debatir en casación *contra reo* temas estrictamente jurídicos. Nunca modificar o presuponer en su perjuicio un elemento fáctico, aunque sea subjetivo, psíquico o interno, necesario para la subsunción jurídico penal.

QUINTO.- El motivo segundo discurre a través del *art. 849.1º LECrim* , pero lo hace presuponiendo que se considera acreditado ese elemento subjetivo que la Sala de instancia ha negado. Eso hace inadmisibile el motivo por mor del *art. 884.3º LECrim* : no se respeta el hecho probado desbordándose los rígidos condicionantes de este cauce casacional. Tampoco puede prosperar este motivo

SEXTO.- Por fin, el motivo tercero acude, con nula ortodoxia procesal, al *art. 849.2º LECrim* , tratando de voltear la estimación probatoria de la Audiencia. Invoca una larga serie de actuaciones procesales -muchas de las cuales no son documentos, sino pruebas personales documentadas- que carecen de autarquía demostrativa y que, además, entran en contradicción con elementos de prueba personales (declaraciones de la acusada), para intentar que sustituyamos la apreciación probatoria de la Sala de instancia por la favorable a sus intereses: ni podemos hacerlo; ni, de poder hacerlo, lo haríamos a la vista de la más que razonable valoración del Tribunal.

El *art. 849.2º LECrim* acoge una senda casacional, empedrada de dificultades por sus muy estrictos requisitos. La recurrente no los respeta. En la actualidad el éxito de un motivo por *error facti* se ha convertido en una cima inalcanzable cuando es una acusación quien trata de encaramarse por ella.

Tal vía permite excepcionalmente revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para que el Tribunal Supremo la sustituya por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de los Tribunales de casación y de instancia es idéntica en orden a la inmediación. Esa realidad permitió incrustar esta fórmula casacional *-error facti-* ausente en la originaria casación. No es una traición a la inmediación encumbrada como principio estructural en el modelo de nuestra Ley Procesal: el documento está ahí. Puede ser percibido en iguales condiciones.

b) Precisamente esa idea rectora *-inmediación-* trae de la mano una significativa limitación que restringe mucho la operatividad de la norma: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente tal correctivo: si concurren otros medios de prueba de carácter personal que desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación carece de inmediación. Por tanto está, en la concepción de la LECrim, incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias.

Esto supone un pesado lastre para el manejo de este precepto por las acusaciones: no siempre, pero sí muchas veces, tropezará con que, al menos la declaración del acusado, contradice lo que quiere derivarse del documento en contra del acusado. Así sucede aquí.

Además los documentos no acreditan que la acusada tuviese conocimiento de la intencionalidad fraudulenta de los otros acusados.

Según la arquitectura del precepto invocado (*art. 849.2 LECrim*), es necesario **a)** presentar un documento del que se deduzca de forma indubitada e indubitable que la acusada era consciente del carácter fraudulento de la operación y **b)** constatar que no obra en la causa ninguna otra prueba de tipo personal (entre las que se cuentan las declaraciones de la acusada) o de otra naturaleza de la que puede deducirse lo contrario (esto es, al menos, que hay dudas al respecto).

Ese objetivo resulta probablemente inaccesible para la impugnante y, desde luego, el final de su camino argumental se queda a años luz de lo pretendido. Imposible atender su petición. No solo por estar reñida con la doctrina sobre revisión de la valoración probatoria en fase de recurso en contra del reo, como se ha explicado en fundamentos anteriores, sino, también, porque es palmario que el esquema de ese discurso argumental no se ajusta al rígido corsé del *art. 849.2º LECrim* .

SÉPTIMO. - A estas razones, de por sí definitivas para hacer encallar el motivo, se unen otras ya anunciadas y antes desarrolladas derivadas de la doctrina del TEDH y TC reseñada. También esa doctrina ha repercutido en los contornos del *art. 849.2 LECrim* , haciéndolos aún más angostos que los que se derivan de su propia literalidad.

En los primeros desarrollos en nuestro ordenamiento de esa doctrina nacida en Estrasburgo se admitía la revocación cuando se trataba de una nueva valoración fundada en prueba documental (*art. 849.2 LECrim* en sede de casación); o cuando, respetando los hechos, se realizaba una nueva deducción o inferencia (*STC 60/2008*,

de 26 de mayo).

Hace años que han claudicado esas dos excepciones.

En la actualidad puede afirmarse de forma tajante -y así se deduce de algunos precedentes antes transcritos- que no es posible en casación a través del art. 849.2º *LECrim* mutar una absolución (incluso parcial) en una condena.

La *STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España ; demanda 15256/07)* es bien expresiva.

Teniendo como telón de fondo esas coordenadas, el ya aludido acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2012 sentó como criterio la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. Ese acuerdo indirectamente suponía privar de viabilidad al art. 849.2º cuando se blande para reclamar una condena *ex novo* o una agravación *contra reo* apoyándose en una valoración fáctica que se quiere contrarrestar con documentos. (*STS 70/2014, de 3 de febrero*).

Con extensión estudia este tema la *STS 146/2014, de 14 de febrero* :

"El motivo de casación previsto en el art. 849.2º- *error facti*-, permite casar la sentencia de instancia *"cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios"*. En su formulación legal es indiferente que la sentencia de instancia sea absolutoria o condenatoria. La filosofía es que el Tribunal de casación se encuentra respecto de tal prueba -un documento- en condiciones idénticas a las del Tribunal de instancia. Si existe prueba personal contradictoria con la documental la situación varía: los jueces de casación carecen de inmediación frente a tal prueba y por tanto no pueden sopesar los resultados de la documental en contraposición, por ejemplo, a una testifical.

(...)

¿Es posible en casación a través del art. 849.2º transmutar una absolución en una condena?

Hasta fechas muy recientes no se había suscitado duda alguna al respecto cuando concurrían los requisitos legales y jurisprudenciales que se han esbozado. Pero si se quiere guardar fidelidad a la doctrina de Estrasburgo hay que modular mucho esas facultades que permiten a la Sala de casación, sin intermediación, reconstruir la base fáctica provocando una condena sin oír al acusado que niega su culpabilidad. Habitualmente el examen de los documentos invocados no es inequívoco y exige algo más como unas inferencias o deducciones en las que no sobran las explicaciones que pueda ofrecer el acusado. En ese aspecto este caso es singular pues el documento no es contradicho por el recurrente.

Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 *LECrim*. Particularmente significativa es la *sentencia de 16 de noviembre de 2010 (asunto García Hernández c. España)*. La sentencia

absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal Europeo existió violación del artículo 6.1 del Convenio.

En nuestra práctica judicial no se había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º de actuar como palanca para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012. Se consagra en él la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional, solo cabe implantarlo en apelación; pero no en la casación. Con esa decisión esta Sala Segunda ha reducido drásticamente la viabilidad del art. 849.2º contra sentencias absolutorias. La doctrina del TEDH no deja ninguna otra puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos.

La anterior en pocas semanas *STS 976/2013, de 30 diciembre* ya llegaba a esa conclusión:

"El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del *art. 849.2 de la LECrim*, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia -decíamos en nuestra *STS 91/2013, 1 de febrero* - no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absolutorio, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (*STC 142/2011, de 26 de septiembre* ; *167/2002, de 18 de septiembre* ; *213/2007, de 8 de octubre* ; *64/2008, de 26 de mayo* ; *115/2008, de 29 de septiembre* ; *49/2009, de 23 de febrero* ; *120/2009, de 18 de mayo* ; *184/2009, de 7 de septiembre* ; *215/2009, de 30 de noviembre* y *127/2010, de 29 de noviembre*). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (*art. 24 de la CE*), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (*SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3* ; *95/2006, de 27 de marzo, FJ 1* ; *217/2006, de 3 de julio, FJ 1* ; *309/2006, de 23 de octubre, FJ 2* ; *360/2006, de 18 de diciembre* , FFJJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis -como recuerda la *STC 45/2011, de 11 de abril* - que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido

el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, *SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía*, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, *caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía*, § 39 ; 18 de octubre de 2006, *caso Hermi c. Italia*, § 64 ; 10 de marzo de 2009, *caso Igual Coll c. España* , § 27 y 16 de diciembre de 2008, *caso Bazo González c. España* (§ 31), entre otras).

Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. **La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. *STC 201/2012, 12 de noviembre* ; *21/2009, 20 de abril* y *29/2008, de 20 de febrero* , entre otras).** Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías.

A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el *art. 849 de la LECrim* .

En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el *apartado 2º del art. 849 de la LECrim* , esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado *art. 849.2 de la LECrim* . En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. **Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar**

pruebas personales -aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio".

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

Ante una discrepancia con la valoración probatoria de la instancia, aunque la base sea un documento literosuficiente, no se admite el dictado de una sentencia condenatoria *ex novo*. Idealmente cabe reenfocar esa petición hacia metas diferentes. No puede esta Sala *ex novo* dictar una segunda sentencia condenatoria; sí estaría facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, para anular la sentencia y devolver el examen al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento que puede haber pasado inadvertido. Pero ni intenta abrir esa puerta la acusación recurrente, ni hay motivo alguno para tachar de patentemente errónea la valoración probatoria.

b) Recursos de Nemesio y Estrella.

OCTAVO.- El evidente paralelismo de los recursos aconseja su abordaje conjunto. Ambos traen a colación en sus respectivos primeros motivos la cuestión del control por los tribunales de la labor profesional de un abogado designado de oficio. El tema ha sido abordado por esta Sala de forma más profunda en fechas recientes.

No es correcto replicar, como se hace en la impugnación, que la actuación de una defensa nombrada de oficio es ajena a las tareas de supervisión de los órganos judiciales. Así se deduce claramente de las *STS 383/2021, de 5 de mayo*, citada por los recurrentes. Otros pronunciamientos posteriores perfilan esa temática.

El derecho de defensa no puede quedar en algo meramente retórico (no basta con estar asistido de letrado). Ha de garantizarse su efectividad (ha de tratarse de una defensa real y con unos mínimos estándares de calidad). Y la recurrente (a la que se une en casación el otro condenado que, sin embargo, en apelación no había hecho valer este alegato) sostiene que la asistencia de la que gozó durante la instrucción y la fase intermedia fue muy deficiente, de lo que se quejó antes del juicio oral y, posteriormente, en apelación, sin que se adoptasen medidas (suspensión del juicio, nulidad de la sentencia) para reparar esa carencia.

El tema suscitado reviste notable interés. Es posible y exigible un cierto control y supervisión de los Tribunales sobre la efectividad de la defensa de oficio (solo en ese caso el Estado asume una responsabilidad; hay que respetar, en cambio, la libertad de elección que no consiente intromisiones de los poderes públicos). Pero esa posibilidad de fiscalización ha de conciliarse con el respeto escrupuloso a la independencia de la profesión. Hay que salvar la imparcialidad del Tribunal, de un lado; y, de otro, mantener un exquisito respeto a la independencia de la función de la abogacía, lo que veda toda valoración encaminada a orientar las estrategias defensivas o a efectuar juicios previos sobre ellas. Tan solo cuando estemos ante una genuina falta de

contenido de la defensa, o un vacío defensivo patente y palmario, será posible desencadenar ese excepcionalísimo mecanismo de descalificación de la actividad del profesional cuando se presenta totalmente desviada de su función. Pero no puede expandirse una especie de sistemática preevaluación.

NOVENO.- Repasemos la evolución de la jurisprudencia en esta materia. Prescindimos ahora de las muy abundantes referencias del Tribunal de Estrasburgo. En cualquier caso, aparecerá por remisión. Nos centramos en la jurisprudencia nacional. La seguimos de la mano de la *STS 1197/2024, de 22 de abril de 2025* donde se recoge una completa panorámica. Es cuestión que durante muchos años ha sido tabú, pero que ya ha generado un cierto cuerpo de doctrina todavía embrionario. Esa sentencia nos servirá de guía. Son tantos sus pasajes reproducidos literalmente que prescindimos de la tipografía indicadora de lo que es estricta cita literal. Casi todo es cita.

La más reciente jurisprudencia española, haciendo suya la doctrina europea (*art. 10.2 CE*) confirma que, dentro del derecho a la defensa, se garantizan tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas circunstancias, a obtener asistencia letrada gratuita (*SSTC 181/1994, de 20 de junio* , y *29/1995, de 6 de febrero*).

La aludida *STS 383/2021, de 5 de mayo* , explica que la asistencia técnica de la persona investigada o acusada constituye un instrumento funcional esencial para garantizar el proceso justo y equitativo. Dicha asistencia ha de resultar efectiva. Solo una asistencia letrada que responda a estándares aceptables de eficacia, puede satisfacer las exigencias constitucionales y convencionales de justicia y equidad a las que debe dar satisfacción nuestro modelo de justicia penal -vid. *STEDH, caso Sakhnovski c. Rusia, de 2 de noviembre de 2010* -.

Como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. *SSTEDH, caso Daud c. Portugal, de 21 de abril de 1998* ; *Caso Lanz c. Austria, del 31 de enero de 2002* , *caso Sialkowska c. Polonia, 22 de marzo de 2007* -, el Convenio tiene por objetivo proteger derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos. El simple nombramiento de letrado defensor no asegura por sí, la efectividad de la asistencia que debe procurarse a la persona investigada o acusada.

De forma muy gráfica afirma la sentencia *Engle v. Isaac*, 456 US 844 (1977), de la Corte Suprema norteamericana, el derecho que garantiza la sexta enmienda es el derecho a ser asistido por un defensor competente.

Las exigencias derivadas del derecho de defensa letrada obligan a establecer condiciones que garanticen su efectividad, que vinculan tanto a los poderes públicos como a los propios profesionales a los que se encomienda la asistencia. Como remarca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "*el Estado debe mostrar diligencia para asegurar [a las personas que requieran asistencia letrada] el disfrute real y efectivo de los derechos garantizados por el artículo 6 CEDH* ". Debe existir un marco institucional adecuado para garantizar la representación legal efectiva de las personas con derecho a ello y un nivel suficiente de protección de sus intereses" -vid. *SSTEDH, caso Staroszczyk c. Polonia, de 22 de marzo de 2007* ; *caso Bakowska c. Polonia, de 12 de enero de 2010* -.

Dichas condiciones (*STS 383/2021*) conforman un entramado complejo de derechos y deberes cuya regulación sistemática sigue constituyendo un *desideratum*

no satisfecho por la reciente ley sobre el derecho de defensa.

El punto de partida es la naturaleza constitucional de la función defensiva y, al tiempo, la necesidad de reconocimiento de un significativo espacio de libertad y de autonomía responsable de los profesionales depositarios de la efectividad de la defensa.

Esa autonomía y libertad de defensa no cancelan toda posibilidad de escrutinio sobre el nivel de adecuación a los fines constitucionales a cuyo servicio está el derecho de defensa. Muy en particular, verificar si el defensor, cumple con las obligaciones profesionales que le incumben a la luz de las circunstancias del caso.

Se apunta un doble nivel de control: *primero*, el cumplimiento de las obligaciones profesionales previstas en las normas procesales; *segundo*, el grado de adecuación técnica de la actividad desarrollada a los fines de defensa.

Delimitar los espacios de esa labor de supervisión es tarea salpicada de dificultades. No es sencillo identificar cuándo puede calificarse una actuación profesional de ineficaz por técnicamente inadecuada o incompetente.

DÉCIMO.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, refiriéndose a la asistencia letrada de oficio, no define en positivo la ineficacia por falta de competencia técnica. Se limita a proclamar que el derecho a la asistencia letrada previsto en el *artículo 6.3.c) CEDH* no obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir en su desarrollo *"a salvo que la carencia del abogado [de oficio] resulte manifiesta"* -vid. STEDH, caso *Daud cit.-*. Identifica, al tiempo, como condicionante del control, el principio de independencia y autonomía en el ejercicio de la profesión. Como destaca la STEDH, caso *Felizaoo c. Malta*, de 21 de marzo de 2021, *"dada la independencia de la profesión jurídica con respecto al Estado, la conducción del caso es esencialmente un asunto entre el acusado y su abogado, haya sido designado en virtud de un plan de asistencia jurídica o financiado privadamente. Por lo que el Estado no incurre, salvo en circunstancias especiales, en responsabilidad derivada del Convenio"*.

No obstante, y con relación a las aludidas "circunstancias especiales", el TEDH ha señalado *"que puede haber ocasiones en las que el Estado deba actuar y no permanecer pasivo cuando los problemas de representación legal se pongan en conocimiento de las autoridades competentes. Dependerá de las circunstancias del caso que las autoridades competentes deban actuar para determinar si, valorando el procedimiento en su conjunto, la representación legal puede considerarse práctica y eficaz -vid. SSTEDH, caso Anghel c. Italia, 25 de junio de 2013 ; caso Korgul c. Polonia, de 17 de abril de 2012 -"*.

El Tribunal de Estrasburgo solo ofrece un *ítem* de evaluación: la carencia de eficacia defensiva que para que pueda afectar al derecho convencional protegido debe ser *manifiesta*.

La pregunta que de inmediato surge es obvia: ¿cuándo puede calificarse de manifiesta la ineficacia y cuándo, en consecuencia, deben actuar las autoridades del Estado para remediarla?

Ni en nuestro ordenamiento, desde luego, ni tampoco en la propia jurisprudencia constitucional y convencional se ha fijado un estándar preciso y general

de evaluación. Se opta por un inseguro método de examen circunstancial caso a caso -vid. SSTDH, ya citadas, y entre otras, casos *Anghel*, *Korgul*, *Feilazoo*-. Eso invita a dirigir la mirada a otros sistemas procesales. en concreto, al norteamericano en el que sí se ha elaborado un instrumento interesante: el *estándar Strickland* -trae nombre de la sentencia *Strickland v. Washington*, 466 US. 688 (1984)-.

La STS 383/2021 acude a ese precedente del otro lado del Atlántico. La competencia se define en *Strickland*, como *una asistencia profesional razonable a la luz de las normas y estándares profesionales vigentes*. Para ello deben tomarse en cuenta varios elementos: **primero**, identificar un estándar objetivo de razonabilidad en la actuación; **segundo**, partir de una fuerte presunción de que la conducta del abogado se ajusta al estándar objetivo; **tercero**, determinar si el profesional designado ha desarrollado todas las actuaciones razonables o las razones por las que algunas actuaciones resultan innecesarias. (las decisiones estratégicas tomadas a consecuencia de una investigación razonable, atendidas las opciones situacionalmente posibles, no resultan cuestionables; las decisiones estratégicas tomadas después de una investigación no exhaustiva o incompleta deberán calificarse de razonables solo en la medida que los estándares objetivos de actuación justifiquen dicha limitación defensiva); **cuarto**, medir la deficiencia defensiva en el momento en que se presta la asistencia, debiéndose rechazar el análisis retrospectivo. Un escrutinio *ex post* excesivamente severo, además de fomentar la proliferación de reclamaciones por asistencia ineficaz, provocaría un efecto indeseable: "*que los abogados limitaran la misión primordial de defender enérgicamente la causa del acusado*" adoptando estrategias más convencionales y conservadoras. El abogado, por tanto, debe disponer de una "*amplia libertad*" para tomar "*decisiones tácticas razonables*".

El otro eje sobre el que gira el estándar *Strickland*, prosigue la *Sentencia 383/2021*, hace recaer en la persona acusada la carga de demostrar que la asistencia ha sido ineficaz. Para ello debe acreditar: **primero**, que la actuación del letrado ha sido deficiente por incumplir estándares objetivos de razonabilidad; **segundo**, que, de no ser por dicha actuación deficiente, existía una "probabilidad razonable" de que el resultado del proceso hubiera sido diferente y beneficioso para sus intereses. No se exige una probabilidad altísimamente prevalente; pero sí que la probabilidad sea razonable lo que permite objetivar, en cierta medida, la relevancia del error si este pudo impedir, que el jurado se formase una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona acusada.

La Corte Suprema norteamericana ha aplicado el estándar *Strickland* a supuestos de asesoramiento erróneo en la fase *pretrial* de negociación con el Fiscal sobre pactos "premales" de asunción de responsabilidad -vid casos *Missouri v. Frye* 566 US 134 (2012), *Lafler v. Cooper* 566 US 156 (2012)-. Tanto en supuestos en los que el acusado rechaza un acuerdo, como en aquellos en los que el abogado no informa con precisión de las consecuencias colaterales de la asunción de culpabilidad -entre otras, la pérdida de la capacidad de votar, la inhabilitación para obtener una licencia profesional, la pérdida de beneficios públicos o la revocación de los permisos de residencia legal en los EEUU [Vid. caso *Padilla v. Kentucky* 599 US 356 (2009)]-.

Sin perjuicio de las críticas que ha merecido la aplicación de *Strickland*(el voto particular que acompañaba tal resolución denuncia que la idea de abogado *razonablemente competente* es tan maleable que es tanto como no decir nada y supone renunciar a extraer consecuencias claras y proyectables a la práctica de la Sexta Enmienda), puede ser útil ante la ausencia de regulación interna clara (vid. el *Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, sobre el Estatuto de la Abogacía*, que no

precisa ningún estándar objetivo de evaluación de la ineficacia defensiva. No va más lejos de ambiguas -diligencia debida- fórmulas sancionadoras.

El estándar *Strickland*, invita al tribunal de apelación o de casación a formular un pronóstico razonable de que la defensa ineficaz, ha podido influir significativamente en el sentido y alcance de lo decidido en la sentencia condenatoria en perjuicio de la persona acusada. Se abre así una vía para declarar la nulidad del juicio para que, con carácter previo a su nueva celebración, se activen los mecanismos de corrección disponibles.

Antes de la sentencia la constatación de esa carencia material de defensa puede conducir al órgano judicial a promover un cambio de letrado. Es significativo en este escenario el ATS de 7 de julio de 2017 que se invoca en el escrito de recurso.

La ineficacia grave y manifiesta de la asistencia letrada afecta a la base del proceso justo y equitativo y en sí constituye una fuente estructural de indefensión. Es obligada una relectura de la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional relativa a *"que para que la indefensión alcance relevancia constitucional es necesario que 'tenga su origen inmediato y directo en actos u omisiones de los órganos judiciales', es decir, 'que sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional, estando excluida del ámbito protector del art. 24 CE la indefensión debida a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de la parte o de los profesionales que la representan o defiendan"* -vid. entre muchas, SSTC 85/2006 , 61/2007 y, la más reciente, STC 61/2019 -. Dicha doctrina no puede cerrar la vía a la denuncia apelativa o casacional de la defensa ineficaz. Si el desinterés, negligencia, error técnico o impericia de los profesionales designados de oficio para asegurar la defensa adecuada, la vacían de todo contenido material, no puede excluirse el efecto indefensión constitucionalmente proscrito en la medida en que, en estos supuestos, es el propio Estado, como nos recuerda el TEDH, el que asume una obligación positiva de salvaguarda.

Los derechos fundamentales en juego, permiten una modulación de esa doctrina: los costes de defensa derivados de errores o de actuaciones ineficaces deberán ser asumidos por la parte siempre que no comprometan de forma irreductible y grave el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al proceso justo y siempre, además, que las autoridades judiciales en caso de *carencias manifiestas* hayan permanecido pasivas en su deber de garantizar el derecho a una asistencia letrada eficaz -vid. al respecto, STEDH, caso *Feilazoo c. Malta* de 11 de marzo de 2021 , en la que se declara vulnerados, por ineficacia defensiva, los artículos 6 y 34, ambos, CEDH , porque el tribunal nacional no activó mecanismos correctores pese a que pudo constatar graves incumplimientos del letrado designado, tales como ausencia de todo contacto defensivo, omisión de información a la persona asistida sobre el desarrollo del proceso, pasividad y abandono de la defensa antes de que se designara un nuevo defensor, etc.-

Encontramos sustento para ese entendimiento en la propia jurisprudencia constitucional. Leemos en la STC 179/2014, de 3 de noviembre :

"El deber de los órganos judiciales de velar por evitar la indefensión del justiciable se proyecta especialmente en el proceso penal, en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva de este derecho requiere, como ha

puesto de manifiesto el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso Airey)*, *13 de mayo de 1990 (caso Ártico)* y *25 de abril de 1983 (caso Pakelli)*, proporcionar asistencia letrada real y operativa, expresando que debe garantizarse al demandante una verdadera "asistencia" y no el simple "nombramiento" de un abogado, garantía que comprende la del derecho de acceso al recurso [*SSTEDH 17 julio 2007 (caso Bobek)* y *5 julio 2012 (caso Szubert)*, entre otras]. En este sentido, este Tribunal ha afirmado en numerosas resoluciones el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de profesionales designados de oficio (por todas, *STC 47/2003, de 3 de marzo* , FJ 2).".

Resulta difícil, en términos axiológicos y constitucionales, validar una sentencia de condena cuyo contenido viene determinado, en una relación probable de causa a efecto, por la inactividad injustificable de la defensa técnica de oficio -pensemos, como ejemplo, en la omisión de toda aportación probatoria, pese a disponerse de medios documentales, para acreditar la enfermedad mental o trastornos adictivos a tóxicos que se invocan como presupuestos de pretensiones de atenuación; omisión de llamar a la causa a testigos relevantes para pretender acreditar un hecho extintivo o modificativo de la responsabilidad; ausencia de todo contacto defensivo previo; desconocimiento de la causa; absoluta pasividad contradictoria en la práctica de la prueba de cargo; inasistencia a las actuaciones relevantes desarrolladas en la fase previa; formular pretensiones incompatibles con los fines de defensa, etc.-.

En todo caso, para pretender la reparación en apelación o casación debe exigirse a la parte, tanto una razonable acreditación de las concretas condiciones en que se desarrolló la ineficaz asistencia letrada en la instancia, como la formulación de un pronóstico mínimamente consistente de su proyección en el fallo. En particular, que los déficits de defensa técnica impidieron que el tribunal de instancia pudiera tomar en cuenta potenciales defensiones materiales o probatorias especialmente significativas.

En el caso enjuiciado por la *STS 383/2021* no se estimó el motivo. El recurso no ofrecía suficientes datos para identificar una situación de defensa ineficaz constitucionalmente relevante. Se limitaba a indicar que la anterior letrada que asistió al acusado en la primera instancia, no le visitó en prisión y que desconocía "*elementos esenciales para su defensa*" (sic).

Distinto signo resolutorio tuvo una cuestión similar, pero relativa a otra problemática asistencial del letrado de oficio, que se saldó en la *STS 649/2023, de 5 de septiembre* , con la nulidad del juicio.

En cualquier caso esta doctrina ha de implantarse y manejarse con cautelas y muchas dosis de prudencia para evitar que, con apoyo en ella, el acusado pueda disponer a su antojo el desarrollo del proceso. Es necesaria una labor de ponderación sobre los intereses eventualmente en conflicto. El derecho de defensa, al igual que cualquier otro, no puede considerarse ilimitado. Está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el *artículo 11.2 LOPJ* .

La Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, es otro referente normativo. Su Capítulo II, regula el derecho a la prestación de servicios jurídicos de calidad. Su Capítulo III, (Sección 2.ª) proclama los deberes de la abogacía en el marco del derecho de defensa, desarrollando los deberes de actuación de la abogacía y sus deberes deontológicos.

No se fija ningún canon para la comprobación de la calidad de la defensa. Persiste la orfandad regulatoria de este aspecto. Serán de aplicación los principios proclamados por esa balbuciente jurisprudencia. No toda **hipotética o supuesta estrategia** defensiva discutible o débitos no nucleares, justifican la intromisión de los tribunales en la noble función de defensa que han de ejercitar los profesionales con independencia y libertad. Hay que partir de una cierta deferencia a la labor de los letrados y de una general confianza en su desempeño. Opera la presunción de que la conducta del abogado se ajusta al estándar objetivo.

Los órganos judiciales han de velar por la efectividad del derecho a un juicio justo, pero no pueden ni deben supervisar, ni mucho menos, sustituir, la actuación de los profesionales del derecho (*STC 91/1994, de 21 de marzo*) por equivocada que pudiera parecerles. La libertad del abogado defensor para diseñar su estrategia se encuentra en juego, y ésta no puede ser revisada por el órgano jurisdiccional, salvo bajo parámetros de deficiencia manifiesta y ostensible.

Expresiva es la imagen de un juez norteamericano: *"un juicio penal no es un juego en el que se espera que los participantes entren en el cuadrilátero con habilidades parecidas pero tampoco es un sacrificio de prisioneros inermes a manos de gladiadores"*. No caben precipitados apriorismos, ni gruesas descalificaciones formadas desde una atalaya distante y desconocedora de todos los matices y entresijos de la relación abogado-defendido. Se requiere una exploración para obtener una mínima base que permita ese juicio de ponderación necesario para concluir que el acusado no estuvo razonablemente defendido; defendido, no ya de manera eficaz, lo que exigiría otros módulos de análisis vinculados al necesario respeto a la libertad y garantía de la función defensiva, sino de manera efectiva.

No basta un nombramiento formal de abogado (de oficio). Éste debe llevar a cabo un desempeño razonablemente efectivo. Pero, al tiempo, la deficiencia en la defensa ha de resultar manifiesta para justificar una reacción del Tribunal.

Debe rechazarse, por lo demás, un análisis puramente retrospectivo. Un escrutinio *ex post* excesivamente severo, además de fomentar la proliferación de reclamaciones por asistencia ineficaz, sería injusto.

La estrategia profesional de la defensa debe respetarse cuando tenga una mínima justificación. El impugnante, por su parte, ha de asumir la carga de demostrar que la asistencia ha sido deficiente.

UNDÉCIMO.- En este caso nos movemos en un territorio muy distinto de los parámetros que han quedado dibujados. De ninguna manera puede descargarse la responsabilidad de la condena en la inicial asistencia letrada, que serviría de disculpa a la indolencia de la propia parte. Así resulta del examen de las actuaciones. Son los afectados los primeros llamados a un rol proactivo en su defensa. No puede aceptarse una actitud de pura espera pasiva, como parece derivarse del alegato compartido por ambos recurrentes: quienes fueron designados para asumir al dirección técnica de su defensa no contactaron con ellos antes del juicio. Pero ellos tampoco hicieron el más mínimo esfuerzo por entablar relaciones con los profesionales que habían sido designados ante la baja de aquél a quien ellos habían encomendado inicialmente su defensa. Antes habían sido requeridos personalmente para una nueva designación.

Estamos muy lejos de alcanzar a las cotas que permitirían una descalificación

tan drástica del trabajo de los anteriores letrados, alguno de los cuales, además, había sido de libre elección y no por designación de oficio. Tampoco parece que en el sentido desfavorable de la sentencia haya tenido influencia alguna inactividad defensiva.

Desde luego, no es argumento, como se insinúa en la sentencia, que contasen o no con fondos para pagar al letrado. Defensa de oficio y asistencia jurídica gratuita no tienen ámbitos coincidentes. Puede reclamarse un abogado de oficio, aunque no se cuente con esos beneficios lo que obligará a abonar los honorarios correspondientes.

El panorama que refleja un repaso de la actividad procesal desplegada es muy distinto a lo que se hace constar en los escritos de recurso.

Inicialmente ambos condenados designaron un letrado particular José Santiago Martínez Martínez- que les asistió en su primera declaración y en las diligencias en fase de instrucción (folios 119 y 120; y 121 a 123). Ese letrado designado por ambos investigados ostentó su dirección letrada (vid. folios 162 y 163 en que se dirige al juzgado solicitando la suspensión de una diligencia y folio 194 en que es designado por otra investigada). Al llegar la fase intermedia se constató que ya no estaba dado de alta como letrado ejerciente (folios 162 y 163). Consta como fueron requeridos ambos recurrentes para designar nuevo letrado y cómo, además, tomaron conocimiento del curso del procedimiento (vid folio 285). El requerimiento a tales fines a la recurrente se produjo del 30 de noviembre de 2021 (285). Al no ser atendido se procedió a la designación de nuevos profesionales esta vez sí ya de oficio para la recurrente (folio 292), pero no para el recurrente que el 17 de diciembre de 2021 designó a una profesional de su confianza (297). Los folios 404 y 407 muestran las notificaciones entendidas con los recurrentes. Ambas defensas, además, presentaron sus escritos de conclusiones (no es cierto que omitiesen ese trámite) que tenían sentido absolutorio y en el que proponían como pruebas las solicitadas por el Fiscal.

Solo después -aunque ya con el juicio señalado- la recurrente se persona con otro letrado de su confianza alegando una indefensión que, de haberse producido, solo sería achacable a su indolencia: conocía a su letrada y conocía el curso del procedimiento.

Es más, ese letrado se personó con antelación suficiente para preparar la defensa y proponer pruebas. De hecho en el acto del juicio aportó un buen elenco de documental. Los testigos indicados *a posteriori* como importantes, estaban, por lo demás, propuestos por el Ministerio Público.

Se han cubierto todos los estándares exigibles. No puede estimarse que los recurrentes no hayan gozado de una defensa absolutamente digna, tanto en la instrucción, como en la fase intermedia y en el juicio oral.

DUODÉCIMO.- El derecho a la presunción de inocencia es la temática abordada por los ordinales segundos de ambos recursos. La argumentación desplegada es, en ambos casos, lacónica. Queda refutada acudiendo al tratamiento de esta cuestión en la sentencia de apelación:

En cuanto a Nemesio dice:

"La argumentación del motivo se centra en uno solo de los elementos fácticos que conducen a la implicación del condenado-apelante, que es el ingreso de 20.000 euros en su cuenta corriente, hecho incuestionado (probanza documental reforzada por

la declaración de la víctima referida a que "ese señor tiene 55.000 euros míos", si bien yerra en la cantidad).

La argumentación del motivo de apelación se limita a indicar que esa cantidad fué entregada a la principal acusada, la Sra. Estrella ("Mónica") ya que el acusado no dispuso de tal dinero.

Sin embargo, no sólo es que no consta tal entrega o devolución, sino que ya el propio acusado había ofrecido la numeración de su cuenta corriente para recibir pagos de la compradora y, sobre todo, intervino destacadamente (no marginalmente, como la acusada absuelta) en las operaciones comerciales.

Así, como destaca la Sentencia "Tampoco ofrece dudas a este Tribunal la intervención en los hechos de Nemesio, y ello es así aún cuando, al igual que Estrella, negó que se hubiese quedado con dinero alguno de la víctima y que se hubiese identificado ante ella como el letrado de Dña. Martina -vendedora-, dándole largas en la formalización del contrato de compraventa, y no las ofrece porque aún cuando Mónica declaró que Nemesio jamás actuó como abogado de Martina ni cobró nada de toda esta operación, eso no fue lo que dijo la víctima sobre el papel por él desempeñado en ella.

Efectivamente Florinda declaró desde el primer instante que Nemesio le fue presentado por Estrella como el abogado de la vendedora, que incluso habló con él por teléfono varias veces y cruzó mensajes vía WhatsApp bajo la creencia que lo era sin que en ningún momento se lo negase. Igualmente refirió que incluso se llegó a reunir con él en esa condición en el mes de noviembre de 2020, concretamente el día 2 de ese mes, reunión en la que este le confirmó que el dinero que ella le había ingresado en su cuenta eran para la compraventa (20.000 €).

Exposición la de la perjudicada a la que otorgamos plena credibilidad por no existir motivos para dudar de la misma al no haberse constatado, es más, ni siquiera insinuado, que entre ella y el Sr. Sixto hubiese algún tipo de problema como para que quisiese atribuirle unos hechos, y además de la gravedad y trascendencia como los que le atribuye, que no fuesen ciertos, más aún cuando en su teléfono móvil, a tenor del acta de exhibición antes mencionada, aparece identificado en su agenda de contactos el teléfono n.º NUM005 con el nombre de "Nemesio Abogado de Martina" (folio 51), teléfono el reseñado que se corresponde con el del enjuiciado, pues fue el que dio cuando declaró en la fase instructora (folio 119), asimismo fue el que "Mónica" envió a Florinda el 1 de noviembre de 2020 a raíz que ella se lo pidiese debido a los problemas que estaba teniendo en la formalización de la compraventa (folio 63, reverso) y porque así consta en el oficio policial obrante al folio 11 de la pieza obrante en el rollo de esta Sala denominada "Carpeta Pieza Delitos Tecnológicos", elaborado en cumplimiento de lo acordado en ese sentido por el Juzgado Instructor en su auto de 26 de abril de 2021.

Es más, las conversaciones y audios vía whatsapp que figuran en el teléfono de Florinda tanto con Estrella (Mónica), como Nemesio avalan la exposición de la perjudicada en esos términos.

Realmente, es indicador el audio que "Mónica" le envió a Florinda de D. Nemesio Abogado el día 31 de agosto de 2020, donde este dice *"Señorita Mónica, buenos días, eh eh,...como usted comprenderá el próximo lunes día 7 al ser festivo no estaré en el despacho me incorporaré, me incorporaré el martes día ocho, ya podemos*

formalizar el contrato que habíamos quedado, que tenga usted un buen día y una feliz semana, muchísimas gracias", y que solo es explicable desde la perspectiva de tratar engañar a Florinda por el retraso en la compraventa, sobre todo cuando ya sabía que no se iba a realizar con ella por retirarle la confianza la vendedora, y así lo advierte el audio de "Nemesio Abogado" que nuevamente Mónica envió a Florinda el 6 de septiembre a las 10 y 23 horas donde este dice "Aunque sigo de vacaciones esta semana, pero bueno alguna cosita estoy haciendo ya, para adelantar cosas para cuando me incorpore, ya estoy en la confección del contrato, gracias" (folio 59).

También es revelador que le fue presentado como el abogado de Martina el mensaje que Florinda envió a la acusada el día 10/09/20, a las 7,15 diciéndole *"Buenos días, estoy todo el rato mentalmente recordándole al abogado -el subrayado es nuestro- que cuando quería cobrar su parte yo cumplí, siempre que me pedía adelantos yo aceptaba, les he dado 100 mil euros y llevó casi cinco meses esperando, por favor confírmame que me entregas entre hoy y mañana las llaves y el contrato. Necesito poder hacer la mudanza este finde. Empiezo mañana las vacaciones, para poder hacer la mudanza..."* (folio 59 reverso).

Igualmente avalan la exposición de Florinda al respecto las conversaciones vía whatsapp que asimismo mantuvo con "Mónica", entre otros días el 15/09/20, a las 16,43 horas, donde Florinda le dice *"Mañana sobre que quedaremos en el despacho del abogado"* (folio 60); la del día 13/10, a las 14,44, donde le comenta *"...dime la dirección del despacho de D. Nemesio, gracias"* y donde ella le contesta *"Nos vemos mañana porque él hoy tiene guardia";* o la del 15 de octubre, a las 7,35 horas, y que se la remite como consecuencia de los numerosos problemas que estaba acarreado la compraventa, manifestándole *"Si a por ello fuerza y energía, estamos juntas pidiendo que D. Nemesio logre acuerdo con Martina"* (folio 62).

También la avalan la que sostuvieron el día 2 de noviembre de 2020, a las 7,22 horas, o sea, antes que ese día por la tarde Florinda se viese con Nemesio, donde ella le dice a "Mónica" *"Quiero ver a Nemesio hoy, ese señor tiene 55 mil euros míos, quiero que me los devuelva mañana en caso de que no se firme. Tse señor tiene dinero mío y no ha sido capaz de quedar para darme una explicación en persona de porque se retrasa la firma"* (folio 63, reverso), y que lo corrobora aún mas, si cabe, la del 13 de noviembre, a las 14,10 horas, donde también le expresa *"Envíame los justificantes por un correo electrónico donde me pongas de que forma se los has comunicado si por Whatsapp o por correo y si se lo has comunicado al abogado D. Nemesio y él se lo notificó a Martina...."* (folio 64, reverso).

Asimismo son reveladoras al respecto las conversaciones vía WhatsApp mantenida por la víctima con el acusado, como es la entre ambos llevada a cabo a las 18,17 del día 1/11/20, esto es, el día antes a que se reuniese con él en persona, que fue el día 2 de ese mes según adujo en la vista oral, donde le dice *"Don Nemesio buenas tardes, perdone que le moleste a estas horas, pero mañana no puedo quedar por la tarde sino por la mañana. Si pudiera verle a primera hora de la mañana se lo agradecería";* contestándole él *"...no se quien es VD, puesto que no tengo agendado su tño";* respondiéndole ella que la perdonase, que era Florinda y que había quedado el viernes con Mónica (Estrella) por la compra de la casa de Martina cuya firma en la Notaria estaba estaba concertada para el martes, a lo que el le contestó *"....Ah,Ok...Es cierto, disculpe, pero a mi se me alargó un compromiso mas de lo previsto, con el relax del viernes".* Enviándole otro en el que le exteriorizaba que *"Yo mañana lunes x la mañana tengo compromisos adquiridos. Hable con Mónica y tendría que ser por la tarde a primera hora".*

Especialmente significativa es la que él envió a Florinda el 2/11/20, a las 14,39 horas, precisamente el día que dice que se reunió con él, exponiéndole *"Buenas tardes Florinda, Yo quede con Mónica sobre las 19,15 horas en Santa Cruz para reunirnos, cerca de tu trabajo"*, y que corrobora lo también dicho por ella que se reunió cerca de su trabajo; como también la que esta le envió a las 15,19 horas de ese día, comentándole *"Buenas tardes, recordarle tal como se le informó la semana pasada de la fecha de la firma MAÑANA MARTES 3 de Noviembre en la Notaría Don Alfonso Caballé Cruz en la C/ Del Pilar n.º 7, a las 11,00 horas para firmar la compra de la vivienda de Dña. Martina "* (folio 71)".

Ante ese panorama probatorio, hablar de presunción de inocencia es un ejercicio retórico sin recorrido alguno; máxime cuando constatamos que el recurso no invierte el más mínimo esfuerzo dialéctico en desvirtuar ese poderoso cuadro probatorio, ni en oponer alguna versión alternativa que pudiera arrojar alguna explicación verosímil a cada uno de esos elementos de cargo que conforman un material inculpatario robusto y difícilmente contestable. El laconismo del motivo es equiparable a su nula capacidad convictiva: se renuncia a refutar el argumentario de la sentencia.

DÉCIMO TERCERO.- En cuanto a la otra recurrente, será el punto 3 del fundamento de derecho tercero el que nos propina una información exhaustiva:

"El tercer motivo se rotula, adecuadamente, como "error en la valoración de la prueba" (art. 790.2 LECr ., que no cita). En él, tras reproducir (innecesariamente) los extensos y detallados Hechos Probados, se limita a decir, en un breve apartado final, que de los seis documentos que menciona (cuatro extractos de conversaciones de watsapps, el justificante de visitas a la casa y la tasación) se desprende que la vendedora tenía conocimiento de la existencia de una compradora y que la vendedora (Dª Martina)" miente cuando dice que no recibe el dinero, pues Estrella le había informado de la entrega de las arras. Es más, ante la pregunta de Doña Martina sobre la posibilidad de que Doña Florinda no quiera seguir con la compra de la casa, Dª Estrella le dice que habría que devolver el dinero de las arras"

Sin embargo, de esa conversación no se deduce en absoluto que la vendedora mienta. Una cosa es que la acusada le comunique que ha recibido las arras y otra es que no las devuelva ella, la acusada (que era la que tenía el dinero, como intermediaria) a la potencial compradora o, en su caso, a la dueña. La actuación fraudulenta (el "engaño" al que se refieren la *SSTS 209-04 o 13-10-22* , nº 810) reside, principalmente, en la tenencia del dinero por parte de la acusada, en lugar de hacérselo llegar (o, al menos, ofrecerlo) a la vendedora, sin que siquiera quepa hablar de una retención a cuenta de honorarios o comisión por la venta, dado que la cantidad recibida era de 105.000 euros, más de la mitad del precio del inmueble a vender.

Y tal engaño viene acrecentado porque la acusada hace que las cantidades parciales recibidas (en concepto de sucesivas "arras") sean ingresadas en diversas cuentas corrientes, tres de las cuales no eran de su titularidad, sino de otras personas, concretamente las del condenado D. Nemesio, la de la hija de su amiga Erica (absuelta) y la de la hija de la acusada (Elisenda), lo que evidencia una intención de ocultación.

Sobre la devolución de ese dinero a la vendedora, la afirmación de la apelante de que lo realizó en metálico resulta inverosímil (*STS 6-6-12* , nº 463 y *STCo*.

155/02 , operando como elemento periférico incriminatorio) porque, no sólo es que no consta recibo alguno (lo que ya es insólito y en especial de cantidades tan grandes y por parte de una profesional de ventas inmobiliarias), sino que los pagos hechos por la frustrada compradora lo habían sido mediante el normal sistema (transparente) de transferencias bancarias.

Asimismo adujo que las sumas recibidas fueron entregadas por ella en mano Doña Martina, la dueña, a excepción de los 8.000 euros que abonó a Erica (coacusada) por el asesoramiento que prestó a Florinda en los contratos de arras que, para la compraventa luego frustrada, esta tuvo que realizar y también en la escritura de donación que de 100.000 €; los padres de ella le hicieron para que pagase su precio, al igual que una pequeña cantidad, que no precisó, que abonó a la persona que la puso en contacto con la Sra. Martina para la venta (Santiago).

Y, como literalmente indica la Sentencia "alegato el suyo que entendemos que no se corresponde con la realidad y que realizó con fines claramente exculpatorios, no sólo porque tal circunstancia fue negada por la Sra. Martina, sino porque no existe prueba alguna que advere esa circunstancia.

Ciertamente la titular del inmueble negó que hubiese recibido suma alguna de la acusada, es mas, asimismo adujo que a finales del mes de mayo de 2020 rompió el vínculo que por el mes de febrero de ese año había contraído con ella para que se lo vendiese, y así se lo hizo saber. Ruptura que vino motivada, como también comentó, al comprobar que lo había puesto a la venta por un precio inferior al que ella le había indicado -180.000 €; en lugar de 200.000 €;-.

Alegato el suyo que entendemos que es el que se corresponde a la realidad y ello por lo siguiente:

A).- Porque no existe ningún documento que advere la entrega de ese dinero por parte de la acusada a la misma, máxime cuando no nos puede pasar desapercibido que en el ámbito de la actividad inmobiliaria a la que se dedicaba Estrella cualquier transacción económica que se realice queda documentada, precisamente para evitar problemas, documentación que aquí no se hizo.

B).- Asimismo, porque de ajustarse a la realidad que se lo entregó no se entiende que hiciese un borrador de reconocimiento de deuda a su nombre en favor de Florinda -compradora- por el importe total de las transferencias que esta efectuó para la compra del inmueble (105.000 €;) e, igualmente, se comprometiese a devolvérselos antes del día 21 de diciembre de 2020, pues dicho reconocimiento lo admitió ella en la vista oral y además consta a los folios 48 y 49 de las actuaciones, ya que nadie admite una deuda como personal cuando es generada por otra persona, sobre todo cuando, como acaece en el supuesto de autos, con anterioridad a que la acusada recibiese el encargo de la venta no conocía de nada a esa otra persona".

Y, por último, porque, como dice la Sentencia igualmente, "las conversaciones de WhatsApp aportadas por la propia enjuiciada al inicio del plenario, relativas a conversaciones por ella mantenida con la propietaria del inmueble, y que obran en el rollo de este Tribunal, y de las que se infiere claramente que había un pacto entre ambas para que Estrella lo vendiese, datan del mes de mayo de 2020, es decir, del mes en el que la Sra. Martina dijo que rompió el trato que tenía con la acusada, aunque no recordaba el día, sin que consten otras posteriores a ese mes, y ello a pesar que la mayoría de conversaciones sostenidas entre Estrella y la víctima con relación a

la formalización de la compraventa, como se puede comprobar en el acta de exhibición del contenido del teléfono de Florinda realizada en la Notaría del Sr. Martínez Del Moral el día 29 de diciembre a la que antes aludimos (folios 40 y ss), son de los meses posteriores, incluso del mes de diciembre (v acta)".

El pobre alegato defensivo que, bajo la leyenda de un motivo por presunción de inocencia, se hace valer en casación no abre la más mínima fisura en tan rocosa justificación fáctica.

DÉCIMO CUARTO.- Un postrer motivo -tercero- se desarrolla al amparo del *art. 849.2º LECrim*. Al igual que sucedía con la primera recurrente (acusación) el desprecio por la estricta disciplina del *art. 849.2º* resulta clamoroso. No basta con citar todas las actuaciones del procedimiento -pruebas documentales y personales- para pedir un pronunciamiento distinto en materia de valoración probatoria. Si fuese así habría que suprimir el trámite del juicio oral como apunta la representante del Ministerio Público.

Esta causal de casación no puede convertirse en ocasión renovada probatoria global con la excusa de algún documento que es citado, pero que no contradice en sí lo que la Audiencia tuvo por acreditado.

Los documentos aducidos distan de ser literosuficientes. Pueden servir como argumentos que, de alguna forma, favorecen la tesis de la recurrente (el otro recurrente se ha limitado a remitirse a los argumentos de la coacusada); pero, desde luego, son compatibles con la certeza proclamada por la Audiencia.

La recurrente se basa en una serie de documentos y mensajes que aportó con carácter previo al acto del juicio oral. Tales documentos no desvirtúan el punto crucial del asunto: que recibió dinero a cuenta de la venta de una finca, numerario que se embolsó y no ha devuelto a la compradora. Precisamente el reconocimiento la deuda a ésta es indicativo de que no entregó ese dinero a la vendedora que ya había revocado el encargo. Todas las demás cuestiones son muy accesorias.

Frente a la tesis de la recurrente milita una declaración testifical a la que la Sala, con toda razón, ha otorgado pleno crédito: las manifestaciones de la vendedora. Niega rotundamente haber recibido las cantidades pagadas por la compradora, lo que se compadece muy bien con la ausencia de todo recibo que demostrase lo contrario y con el reconocimiento de deuda efectuado por la acusada. Éste solo se explica por la existencia real de esa deuda y la esperanza de que ese reconocimiento pudiese disuadir del ejercicio de acciones penales.

La constatación de que obran elementos probatorios contradictorios con la versión de la recurrente, echa al traste la viabilidad de un motivo basado en el *art. 849.2º*, uno de cuyos presupuestos es que no existan elementos de prueba personales contrarios a lo que se quiere acreditar.

DÉCIMO QUINTO.- Desestimados los motivos que pretendían una alteración probatoria, los últimos, anclados en el *art. 849.1º LECrim*, devienen también improsperables en cuanto sin alterar el hecho probado no puede rechazarse el encaje de los hechos en la tipicidad de estafa aplicada (se cubren todos los requisitos típicos, incluido el carácter bastante del engaño: nos detenemos en ello).

En concreto, en cuanto al recurrente Nemesio, se afirma en el hecho probado

su connivencia con la otra recurrente. Es indiferente que el lucro final fuese propio o de un tercero: en ambos casos existirá estafa.

La suficiencia del engaño tampoco es tema discutible. La lectura del hecho probado evidencia que la víctima no tenía por qué sospechar ni que se estaba actuando al margen de la propietaria, ni que el recurrente carecía de la condición de profesional de la abogacía que decía ostentar, ni que el dinero que iba entregando no era puesto a disposición de la vendedora. La confianza mostrada se movió en el marco de unos estándares razonables, indispensables para la convivencia social y el tráfico mercantil. No le era exigible que reclamase garantías adicionales. Cuando la jurisprudencia ha excluido la estafa por considerar que el error se debía más que al engaño a la indiligencia de la afirmada víctima, contemplaba supuestos radicalmente distintos del aquí descrito. Sería intolerable contestar a la víctima como reclaman los recursos que los causantes de la pérdida de esa cifra monetaria no son los acusados, isino ella misma por no haber mostrado precaución! Y que los acusados carecen, por ello, de toda responsabilidad (i!).

No estamos ante un incumplimiento contractual como pretenden los recursos: es un supuesto paradigmático de estafa.

DÉCIMO SEXTO.- La desestimación de los recursos debe llevar a la condena a cada uno de los recurrentes al pago de las costas causadas pro sus respectivos recursos (*art. 901 LECrim*).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Nemesio, Estrella y **la acusación particular Florinda** contra *Sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 25 de noviembre de 2023* , que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) que condenaba a los acusados como autores penalmente responsables de un delito de estafa agravada por afectar a vivienda y por razón de su cuantía.

2.- Con imposición de las costas a Nemesio, Estrella por sus respectivos recursos.

3.- Con imposición de las costas a la acusación particular Florinda así como a la **pérdida del importe del depósito** legalmente establecido.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Leopoldo Puente Segura