

Roj: STS 1892/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1892  
Id Cendoj: 28079120012018100239  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1574/2017  
Nº de Resolución: 252/2018  
Procedimiento: Recurso de casación  
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO CASACION núm.: 1574/2017

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

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

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Penal

#### **Sentencia núm. 252/2018**

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1574/2017, interpuesto por **D. Virgilio**, (acusación particular), representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Alicia Oliva Collar, y bajo la dirección letrada de D. Juan Molins Otero, contra la Sentencia Nº 30/2017, dictada el día 20 de abril de 2017, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Luis Manuel y Gloria, representados por el Procurador D. Miguel Angel Tejedor Bachiller, y asistidos de letrado D. Juan Molins Otero.

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

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid instruyó Diligencias Previas 6413//2011, contra D. Gloria, y contra Luis Manuel, por un delito de acusación y denuncia falsa, amenazas y estafa procesal y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 5ª, que en la causa dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

« **hechos.-** El día 22 de mayo de 2007 la acusada Gloria, mayor de edad y sin antecedentes penales, formuló denuncia en la Comisaría de Policía de ARAVACA en la que hacía constar que su entonces esposo, Virgilio, la hacía objeto de malos tratos físicos y psíquicos, fundamentándose en el parte de la asistencia médica emitido el día 9 de abril de 2.007, en el que recogía que la acusado presentaba hematomas en brazos, glúteos y región dorsal, afirmando la acusado, con ánimo de faltar a la verdad, que dichas lesiones se las había causado su entonces esposo.

La mencionada denuncia dio lugar a la incoación de las Diligencias Previas 614/07, seguidas en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº1 de Madrid, diligencias en las que tras la instrucción correspondiente, adoptándose en la misma la medida cautelar de prohibición de comunicación y acercamiento de Virgilio a la

acusada, el Ministerio Fiscal presentó escrito de conclusiones absolutorio y la acusada escrito de acusación contra Virgilio en el que le imputaba la comisión de un delito de violencia psíquica habitual, previsto y penado en el artículo 173.2 del Código Penal , y un delito de maltrato en el ámbito familiar, previsto y penado en el artículo 153.1 3 del Código Penal .

Dichas Diligencias Previas dieron lugar al Juicio Oral nº150/10, seguido en el Juzgado de lo Penal nº13 de Madrid, que finalizó con sentencia de fecha 25 de febrero de 2011 por la que se absolvió al Virgilio de los delitos que se le imputaban, adquiriendo firmeza dicha sentencia por auto de fecha 6 de mayo de 2011.

En el Juicio Oral celebrado en el Juzgado de lo Penal depusieron como testigos, entre otros, la acusada y su padre Luis Manuel »

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

« **Fallo.** Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Luis Manuel y Gloria del delito de falso testimonio del que venían siendo acusados por la acusación particular y a **Gloria** del delito de estafa procesal del que venía siendo acusada por la acusación particular.

Debemos **CONDENAR y CONDENAMOS** a la acusada Gloria , como autora responsable de un delito de denuncia falsa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DOCE MESES DE MULTA**, a razón de **12 euros de cuota diaria**, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas o fracción impagadas y al pago de una cuarta parte de las costas procesales causadas.»

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

**CUARTO.-** La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

**Motivos aducidos en nombre del recurrente D. Virgilio ,** (acusación particular),

**Motivo primero .-** ERROR DE HECHO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA AL AMPARO DEL NÚM 2 DEL ARTÍCULO 849 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL **Motivo segundo .-** INFRACCIÓN DE LEY DE CONFORMIDAD CON LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 849.1 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 248 EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 250.7 DEL CÓDIGO PENAL **Motivo tercero. -** INFRACCIÓN DE LEY DE CONFORMIDAD CON LO PRESCRITO EN EL ARTÍCULO 849.1º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL , EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 458.2º DEL CÓDIGO PENAL

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

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO-** Dado que la parte recurrida Gloria en su escrito de impugnación del recurso, solicita su inadmisión de plano al no encontrarse la resolución recurrida entre las susceptibles de casación a tenor del artículo 847 LECrim , en virtud de la reforma llevada a cabo en dicho precepto mediante la ley 41/2015 de 5 octubre, y su disposición transitoria única se establece que la Ley se aplica a los procesos penales incoados con posterioridad a su entrada en vigor, que tuvo lugar el 6 diciembre de 1015 -a los dos meses de su publicación en el BOE ( Disposición Final cuarta)-.

En base a ello como el procedimiento en el seno del cual se dictó la sentencia que hoy se pretende casar fue incoado como Procedimiento Abreviado 5572/2016, es obvio que la fecha de incoación fue, muy pronto el uno de enero 2016, es decir con posterioridad a la entrada en vigor de la referida Ley 41/2015, el recurso debe ser inadmitido.

Pretensión inaceptable.

La reforma generada en el recurso de casación por Ley 41/2015 que supuso la generalización de la segunda instancia con la implantación del previo recurso de apelación ante el Tribunal Superior Justicia correspondiente (previsión competencial que ya se recogía en la LOPJ la reforma por LO nueve/2003 del 23

diciembre) en los supuestos de sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, no es aplicable a los procedimientos penales ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor, 6 diciembre 2015.

En el caso presente un examen de las diligencias permite constatar que el procedimiento se incoó por denuncia formulada por el señor Virgilio en fecha 28 septiembre 2011. Dictándose auto de incoación de diligencias procedimiento abreviado 6290/2011 por el juzgado instrucción número 26 de Madrid (folio 132).

Posteriormente, ya incoado el procedimiento penal, dicho juzgado se inhibió del conocimiento de la causa al juzgado de instrucción número 46 de Madrid, que tras dictar nuevo auto de incoación de diligencias previas el 16 enero 2012, continuó la tramitación de la causa con el número de procedimiento-diligencias previas procedimiento abreviado 6413/2011 (folio 155)- que es el número de procedimiento de origen que figura en el encabezamiento de la sentencia del 20 abril 2017 , objeto del presente recurso de casación.

Consecuentemente, incoado el procedimiento penal origen de la presente causa el 10 octubre 2011, es evidente que no es aplicable la reforma operada por Ley 41/2015 -que por cierto no impide el acceso a la casación de las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, sino que establece el previo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, como ya hemos precisado más arriba- y si la anterior regulación que en el artículo 847 b) previene el recurso de casación directo contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia, tal como la sentencia recurrida hace constar en el fallo al indicar este recurso como el procedente contra dicha resolución.

**SEGUNDO.** - Analizando en consecuencia, el recurso interpuesto **el motivo primero se articula por error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del artículo 849.2 LECrim .**

Se afirma por el recurrente que la sentencia impugnada omite datos relevantes para la calificación de los hechos y su condena por un delito de estafa procesal y otro de falso testimonio en causa penal.

Señala como documentos:

-El escrito de calificación provisional de la representación procesal de Gloria , acusando a Virgilio , de un delito del artículo 173.2 del Código Penal y un delito de lesiones del artículo 153.1 y 3 CP , solicitando además las penas de prisión correspondientes, una indemnización de 12.000 € por daños psíquicos y morales y 300 € por las lesiones físicas, (folios 25 32).

-Auto del juzgado de violencia sobre la mujer número 1 de Madrid acordando la apertura del juicio oral contra el hoy recurrente requiriéndole para la prestación de fianza en cantidad de 12.300 € (folios 33 a 35).

-Sentencia absolutoria número 75/2011 del juzgado de lo penal número 13, en la que consta que Gloria elevó a definitiva sus calificaciones provisionales solicitando ser indemnizada en dichas cantidades y declaró como testigo que venía sufriendo maltrato de su marido desde que contrajo matrimonio con él y como un día concreto cuando intentó quitarle el teléfono, Virgilio le dio un empujón y ella se cayó hacia atrás (folios 36 a 42).

-Auto aclaratorio de la citada sentencia del 21 marzo 2011 en el sentido de acordar la devolución de la cantidad consignada de 12.300 euros.

Con carácter previo habrá que señalar que el presente recurso, en lo que concierne a la estafa procesal, se interpone contra una sentencia absolutoria, al no resultar acreditada- según la sentencia de instancia- ni siquiera indiciaria mente pues el ánimo de Gloria fue únicamente obtener un sentencia condenatoria de Virgilio como autor de los delitos de maltrato en el ámbito de la violencia de género, que en ningún momento ha supuesto desplazamiento patrimonial alguno, sin que pueda ser considerado como tal la responsabilidades pecuniarias exigidas en el proceso penal para asegurar y garantizar el resultado del mismo, falta, pues, un perjuicio patrimonial ilícito seguido de un beneficio patrimonial ilícito, paralelo al ánimo de lucro ilícito, característico del delito que se imputa, por todo ello procede absolver a la acusada del delito de estafa procesal del que venía siendo acusada por la acusación particular.

Y en este sentido las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio, lo que no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un estatus especial y más protegido que el resto de las partes. Por ello, cuando en el ejercicio del ius puniendi estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad, ex art. 9.3 CE , la conversión de tal pronunciamiento absolutorio en otro posterior condenatorio dictado por el tribunal que vía recurso conozca de la causa, requiere específicos requisitos.

No puede olvidarse que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales- artículo 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos -sólo esté previsto con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a los Tratados Internacionales un sistema penal que sólo admitiese la doble instancia en caso de condena ( STS 587/2013 de 10 julio , 656/2012 de 19 julio ).

Por ello conforme a una doctrina ya reiterada de esta Sala, SSTS. 517/2013 del 17 junio , 1014/2013 de 12 diciembre , 122/2014 de 24 febrero , 146/2014 de 14 febrero , 22/2016 de 27 enero , 421/2016 de 18 mayo , 892/2016 de 27 noviembre , 58/2017 de 7 febrero , 216/2017 de 29 marzo , al solicitarse por la parte recurrente (en este caso la acusación particular) la condena de quien ha resultado absuelto en la sentencia de instancia, se hace necesario precisar el ámbito de revisión de las sentencias absolutorias del que dispone esta Sala en casación.

Para ello ha de atenderse, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado; y, en segundo lugar, al criterio de este Tribunal Supremo que estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que "*La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Le*", STS 400/2013, de 16 de mayo ).

Conviene reiterar, una vez más, nuestra doctrina a efectos de su consolidación y aplicación al caso ahora enjuiciado.

**TERCERO.-** Recuerdan las SSTS 892/2016, de 25 de noviembre , 421/2016, de 18 de mayo , 22/2016, de 27 de enero , 146/2014, de 14 de febrero , 122/2014, de 24 de febrero , 1014/2013, de 12 de diciembre , 517/2013, de 17 de junio , 400/2013, de 16 de mayo , etc. , con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril , entre otras, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE , es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal con carácter primario, no actúa esta Sala como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones ( arts. 123 y 161 b CE ).

Es por ello, muy relevante, que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función nomofiláctica y unificadora, sin restricciones impuestas, o auto restricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de tutela judicial efectiva, de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.

**CUARTO.-** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll ), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani ), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios ) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández ) aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España , § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32 ; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España , § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39 ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España , § 38 ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España , § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España , § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España ).

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013 , se establece que " *se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)*", insistiendo en que " *si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)*".

Y, en definitiva, se considera en esta resolución, " **vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad...**".

**QUINTO:** En cuanto a la consideración de los elementos subjetivos, la STS 58/2017 de 7 febrero , recuerda cómo en la sentencia STC Pleno, núm. 88/2013, de 11 de abril se aprecia que la razón que justifica finalmente la concesión del amparo consiste, precisamente, en que para la revisión de la corrección de la apreciación del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, el Tribunal de apelación no se basó exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, sino que acudió a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado a estos efectos.

Así señala la STC 88/2013, de 11 de abril , que " *la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante.*

*Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE )".*

Y, en relación con la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, se señala en el fundamento jurídico decimotercero, de la sentencia citada ( STC 88/2013, de 11 de abril ) que " *hay que concluir, en primer lugar, que la declaración de culpabilidad de los acusados en la segunda instancia ha tomado en consideración pruebas inválidas, como eran diversos testimonios personales, en tanto que no estaban practicadas con las debidas garantías de publicidad, inmediación y contradicción en esa segunda instancia. Y, en segundo lugar, que en la valoración conjunta de la actividad probatoria para considerar acreditada la concurrencia de ese concreto elemento subjetivo del delito societario por parte del órgano judicial de segunda instancia, la ponderación de dichos testimonios era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatorio, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la **presunción de inocencia** de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por los acusados* ".

Por ello, lo determinante para la concesión del amparo, es que la Sala de apelación no se limitó a revisar la subsunción jurídica de los hechos descritos en el relato fáctico, sino que reconsideró la prueba personal practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

**En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.**

**En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.**

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

**Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado.**

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la LECrim .

Como ha señalado, por ejemplo, nuestra STS 892/2016 de 25 de noviembre , cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , es decir, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión plantea otros problemas.

Es cierto que la posibilidad de rectificar el hecho probado con modificaciones, adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", tiene una larga tradición en nuestro recurso de casación penal (desde 1933),

aunque no figurase en su diseño legislativo inicial. Pero esta vía impugnativa exige necesariamente, conforme al inciso final del art. 849.2 de la LECrim que los documentos invocados no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios".

Este requisito legal implica que el Tribunal de casación no puede estimar el motivo sin contrastar el documento con el resultado de otros elementos probatorios, como son las pruebas personales practicadas en el plenario, incluida la declaración del propio acusado, para comprobar y valorar si el documento entra, o no, en contradicción con ellas.

Esta valoración conjunta, o contrastada vulnera la prohibición consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo, por lo que el cauce casacional del art 849 2º de la LECrim , no es utilizable en estos supuestos si lo que se pretende es que el Tribunal casacional dicte una nueva sentencia condenatoria, que solo podrá obtenerse por el cauce específico de la infracción de ley propiamente dicha, del núm. primero del art 849 de la LECrim .

Todo ello con independencia de los supuestos en los que se pretenda denunciar una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba, como vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, para obtener la nulidad de la sentencia, lo que analizaremos separadamente en el motivo casacional específicamente encauzado a través de la infracción de este derecho constitucional.

Y ello porque 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 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.

Pero esta solución implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo casacional encauzado por el art 849 2º de la LECrim , como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia ( art 902 LECrim ).

**En definitiva, y como conclusión: el único motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la LECrim . El cauce del art 849 2º de la LECrim no es utilizable porque esta vía impugnativa exige que los documentos invocados no resulten contradichos por otros elementos probatorios, y esta valoración conjunta vulnera la prohibición de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo. Cuando la valoración probatoria resulte absolutamente arbitraria, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado para intentar su anulación. Pero solo a través de la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, porque la estimación de un motivo por el art 849 2º de la LECrim no conduce a la devolución de la causa al Tribunal de Instancia, sino al dictado de segunda sentencia ( art 902 LECrim ).**

**SEXTO.** - En el caso actual la parte recurrente interesa en el recurso de casación que se dicte nueva sentencia en la que se condene a Gloria , además de por el delito de denuncia falsa del artículo 456.1.2 CP , por el que lo ha sido, por un delito de estafa procesal del artículo 250.7 CP , a la pena de cuatro años de prisión y 12 meses de multa, y por un delito de falso testimonio del artículo 458.2 CP , a la pena de dos años de prisión y 12 meses de multa. Para ello se fundamenta en primer lugar, en el motivo por error de hecho en la valoración probatoria conforme al artículo 849.2 LECrim , en base a los documentos que designa y a los que ya nos hemos referido. Pretensión inaceptable pues para ello, y en relación a la estafa procesal sería preciso una revaloración de los elementos subjetivos de este delito-en particular el ánimo de lucro ilícito-que la sentencia recurrida considera no concurrente con base en la ponderación de la declaración dela acusada en que basó su convicción, que exigiría un examen contradictorio en esta sede casacional, presidida por la previa audiencia de la acusada, incompatible con la naturaleza y regulación legal del recurso De casación (ver Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda Tribunal Supremo de 19 diciembre 2012).

Una segunda razón refuerza la imposibilidad de la modificación del relato fáctico interesada por la parte recurrente. La doctrina de esta la sala (SSTS 209/2012 de 23 marzo , 128/2013 de 28 febrero , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de Ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el artículo 849.2 LECrim , es necesario que concurren los siguientes requisitos:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa; 2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar; 3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la LECrim .; y 4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

La finalidad del motivo previsto en el art. 849.2 LECrim , consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la incorporación de datos incontrovertibles acreditados mediante pruebas auténticamente documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que prueben directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que para que pueda prosperar el motivo debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, y siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contrario.

En el caso que nos ocupa, los documentos designados -escrito de calificación provisional, auto de apertura del juicio oral dictado por el juzgado de violencia sobre la mujer, auto aclaratorio de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal acusando la devolución de los 12.300 € prestados como fianza pueden considerarse documentos a efectos casacionales. Así los escritos de acusación son actuaciones de carácter procesal no verdaderos documentos para habilitar la vía procesal del artículo 849.2 LECrim , ( STS 300/2015 de 19 mayo ), y.

En cuanto a las resoluciones (auto de apertura juicio, sentencia y auto aclaración) dictadas en otro procedimiento en orden a la eficacia de las sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales la doctrina del Tribunal Supremo, STS 180/2004, de 9-2 , tiene establecido que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada ( STS 771/2002, de 18-7 ).

La STS 232/2002, de 15-2 , hace un resumen de la doctrina jurisprudencial recordando que ya la sentencia de 16-10 -91, estableció que "...los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que en proceso distinto y con jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones identidad de cosa juzgada". La STS 12-3-92 insistiendo en la cuestión ,de acuerdo con otras resoluciones ( STS 14-2-89 , 15-9-87 , 12-4-86 ; 18-12-85 , estableció: primero que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba".

Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002 de 17.7 , en la que se declara que esta Sala tiene afirmado en varias sentencias (de las que pueden citarse entre otras, las de 26.6.95 y 11.1.97 ), que no vincula a un Tribunal lo resuelto por otro, razón por la cual, a efectos de apreciación del error, carecen los fundamentos fácticos de una resolución temporalmente anterior, de virtualidad para acreditar error.

Y en concreto la STS. 27.3.95 , que se refiere a un caso de la posible eficacia en el orden penal de una sentencia dictada por un juzgado de otro orden jurisdiccional, en concreto de lo social, y que se examina un recurso en el que se critica la postura del Tribunal sentenciador por apartarse de los criterios acogidos

en la resolución precedente del Juzgado de lo social, se declara que constituye doctrina judicial consagrada y pacífica:

a) Que los testimonios a certificaciones de resoluciones, más concretamente sentencias, dictadas por cualesquiera órganos judiciales, acreditan la realidad de su emisión, pero de ninguna manera, y frente a otros órganos judiciales, hacen fe del acierto y corrección jurídica de lo resuelto, ni de la realidad y veracidad de los hechos que le sirvieron de antecedente y determinaron su pronunciamiento. b) Lo resuelto por un Tribunal, y excepto en el contenido y alcance propio que contornea la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro distinto, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como correcto lo ya resuelto, o, por el contrario, llegar a conclusiones dispares de las del primero. c) En consecuencia, no pueden extrapolarse las apreciaciones o valoraciones de los jueces recogidas en una determinada resolución, incurriéndose en recusable interferencia en la función de apreciación racional y en conciencia de la prueba reservada inexcusablemente al Juez o Tribunal sentenciador. d) De ahí que se predique, cuando de error en la apreciación de la prueba se trata, la carencia de virtualidad suficiente de los fundamentos fácticos de sentencias o resoluciones antecedentes, a fin de que en proceso distinto y por Tribunal diferente se haya de estar forzosamente a las conclusiones adoptadas en aquéllas. e) La jurisdicción penal, por su carácter sancionador y la naturaleza personal de las penas que pueden ser impuestas, requiere un máximo de rigor en la valoración de las pruebas, ( SSTS cuatro 456/2008 de 8 julio , 76/2013 de 30 enero , 834/2014 de 10 diciembre .

Y en cuanto al delito de falso testimonio del artículo 458.2, la sentencia recurrida no cuestiona que la acusada faltase a la verdad en su declaración testifical en el juicio oral, por lo que no es necesaria la adición que se pretende en el relato fáctico, sino que lo que se debate es la relación existente entre este delito y la acusación o denuncia falsa del artículo 456 por el que ha sido condenado, cuestión estrictamente jurídica que se plantean el motivo tercero del recurso.

**SEPTIMO.- El motivo segundo por infracción de Ley, de conformidad con el artículo 849.1 LECrim , en relación con los artículos 248 y 250.7 CP .**

Sostiene recurrente que el relato alternativo propuesto en el motivo precedente concurren todos los elementos de la estafa procesal dado que merced al engaño tanto de la denuncia como de lo declarado y lo solicitado en el escrito de calificación provisional, motivo que el juzgado de violencia sobre la mujer dictará auto de apertura del juicio oral, acordando la prestación de fianza por 12.300 € que el recurrente tuvo que prestar y que al ser la sentencia absolutoria se procedió a su devolución en virtud de auto de aclaración o complemento, por lo que se dan todos los elementos exigidos en la estafa procesal: engaño o ánimo de lucro, resolución judicial dictada en base a tal engaño y perjuicio patrimonial, e interesa la condena por dicho delito y la imposición de una pena de **cuatro años de prisión y 12 meses multa con cuota diaria de 12 euros**, penas que, en todo caso, serían absolutamente desproporcionadas, sin que el recurrente haya justificado esa exasperación punitiva, para una supuesta estafa procesal de 12.300 €, importe que, en definitiva ha sido devuelto al ser la sentencia absolutoria.

Pretensión inaceptable pues en relación a la estafa procesal, en SSTS 72/2010 de 4 febrero , 1100/2011 del 27 octubre , 366/2012 de 3 mayo , y 327/2014 de 24 abril , hemos recordado que se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el órgano judicial a quien a través de una maniobra procesal idónea, se la induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia, en contra de parte de la doctrina, ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia ( STS 878/2004, 12 de julio)". En sentido similar la STS nº 603/2008 ; y la STS nº 720/2008. De todos modos, deberán quedar excluidos de la estafa los casos en los que el acto de disposición no venga motivado por el engaño.

Por otra parte, la existencia de la estafa procesal como figura agravada no supone la posibilidad de prescindir de los requisitos generales de la estafa, entre ellos la concurrencia de un engaño que pueda calificarse como bastante. Se decía en la STS nº 572/2007 que "En el delito de estafa procesal, como en la estafa genérica, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos y conceptualmente no se diferencia del engaño del tipo básico".

En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluya un *acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero*. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induzca a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición. El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado.

Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial ( STS 670/2006, de 21-6 , 758/2006, de 4-7 ; 754/2007, de 2-10 ; 603/2008, de 10.10 ; 1019/2009 de 28-10 ; 35/2010, de 4-2 ; la estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos a la otra parte o de tercero acusados del acto de disposición.

La estafa procesal requiere estructuralmente, como modalidad agravada, todos los requisitos exigidos en la previsión de la estafa básica u ordinaria recogida en el art. 248.1 es decir, el engaño, el error debido al engaño, el acto de disposición - en este caso resolución judicial- motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro - siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento de injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa la cooperación culpable de lucro ajeno, pues no es preciso con lucro propio, ya que hasta que sea para beneficiar a un tercero ( STS 5629/2002 de 20-2 ; 297/2022, de 20-2; 577/2002, de 8-3 ; 238/2003, de 12-2 ; 348/2003 de 12-3 ; y la relación de imputación que cabe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación del pleito o empleo de otro fraude procesal.

Con base a esta doctrina jurisprudencial se puede definir la estafa procesal como aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el Juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En ese sentido el actual art. 250.1.º, modificado por LO 5/2010, de 22-6 considera que "incurren en estafa procesal, los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero".

El fundamento de este subtipo agravado no es otro que el hecho de que en esta modalidad de estafa no solo se daña el patrimonio privado, sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, razón por la cual parte de la doctrina entiende que se trata de un delito pluriofensivo, siendo ésta la razón que justifica su agravación penológica respecto del tipo básico de la estafa como se afirma en STS de 9-5-2003 , la estafa procesal constituye una modalidad agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria.

Y en cuanto a la consumación en STS. 100/2011 de 27.10 , hemos dicho que por la doctrina se mantienen dos posturas contrapuestas. Por una parte, se entiende que al exigir el delito de estafa un perjuicio patrimonial, dicho perjuicio no se produce hasta el momento en que el perjudicado se ve materialmente privado de parte de su patrimonio objeto del proceso fraudulento es decir, en el momento mismo en que se ejecuta la resolución judicial una vez que la misma ha adquirido firmeza. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que el delito de estafa procesal se consuma en el momento en que se dicta la resolución judicial en primera instancia, puesto que la obligación que la misma conlleva incide ya de manera directa sobre el patrimonio con el consiguiente perjuicio.

Este último es el criterio seguido por la jurisprudencia de esta sala, al afirmar que el subtipo agravado de estafa se consuma cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, induciendo al Juez a dictar una resolución que de otro modo no hubiera dictado.

En este sentido la STS 1743/2002 de 22-10 en la que se señala que resulta ineludible establecer el momento en que debe llegar la perfección delictiva, es decir la consumación del delito imputado, por haberse realizado todos los elementos del tipo, tanto desde el punto de vista de la acción del autor, como desde el punto de vista del resultado. Pues bien, el delito de estafa procesal admite formas imperfectas de ejecución, en todos aquellos supuestos en que el sujeto activo realiza, en todo o en parte, las maniobras fraudulentas que objetivamente debieran producir el resultado pretendido, es decir, el acto de disposición patrimonial y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor ( STS 9.1.2003 ). Por el contrario, el delito se encuentra consumado cuando sí se alcanza el propósito perseguido que no es otro que

el de determinar un error en el juzgador y obtener la correspondiente resolución en perjuicio de la otra parte. Por lo expuesto la perfección delictiva se ha de situar cuando el Juez inducido por la maniobra fraudulenta del acusado, dicta sentencia con beneficio efectivo para el sujeto pasivo, y en los casos de formas imperfectas de ejecución, cuando en los que, pese al artificio engañoso no se logra el propósito perseguido con la resolución judicial desestimatoria de la pretensión del sujeto activo.

Ese es ciertamente el criterio mantenido por esta Sala, como son exponentes las sentencias 595/1999, de 22 de abril y 794/1997, de 30 de septiembre, en las que se declara que la modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250,1 2º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento. Como recuerda la Sentencia 530/1997, de 22 de abril, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte. La peculiaridad de estas estafas radica, pues, en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado.

El delito se consuma, pues, cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, sin que deba confundirse con el agotamiento del delito consistente en el efectivo y material perjuicio ocasionado por la maniobra fraudulenta.

En este sentido la STS. 172/2005, precisa en cuanto a la consumación, que, si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento y la presentación del documento falso, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

Por ello, lo que verdaderamente consuma el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución y así puede hablarse de tentativa cuando el engaño es descubierto y el Juez se apercibe del mismo pese a poder ser idóneo. En definitiva, el tipo se consuma cuando recae una decisión sobre el fondo de la cuestión planteada y en los demás casos, puede producirse en grado de perfección imperfecta.

La tentativa está en la no consecución del error en la autoridad judicial porque ésta se aperciba del engaño bastante o porque, aun dándose el error, la resolución judicial dictada no es injusta.

Presupuestos que no concurren en el presente caso.

El engaño sobre la realidad del hecho delictivo está cubierto por la figura específica de la denuncia o acusación falsa.

La prestación de fianza en la pieza de responsabilidad civil no supone un desplazamiento definitivo de la cantidad consignada sino condicionada para asegurar las eventuales responsabilidades civiles y otros conceptos ( artículo 126 CP, 764 y 783.2 LECrim ), que, en caso de condena, pudieran derivarse.

La pretensión del recurrente implicaría tal como precisa el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del motivo, que todo delito de acusación o denuncia falsa llevaría indefectiblemente ligado otro de estafa procesal por el mero hecho del dictado de un auto acordando la preceptiva fianza para asegurar las responsabilidades pecuniarias.

**OCTAVO.- El motivo tercero por infracción de Ley de conformidad con el artículo 849.1 LECrim, en relación con el artículo 458.2 CP.**

Argumenta el recurrente que de los hechos probados se desprende la concurrencia de todos los elementos de dicho tipo penal.

No obstante, la sentencia absuelve por considerar que el delito de denuncia falsa, pese a estar más levemente penado debe absorber al delito de falso testimonio en el juicio contra reo.

Y ello porque considera que la conducta exigible en Derecho insistente en decir la verdad en el juicio en calidad de testigo, obligaría a "confesar" a quien previamente hubiera presentado una acusación y denuncia falsa. Por ello viene a establecer la impunidad del delito de falso testimonio al considerarlo como una "modalidad de persistencia" en la denuncia falsa.

El recurrente discrepa de tal razonamiento, con cita de la sentencia de esta Sala 2ª 901/2016 de 30 noviembre, y considera que junto al primer delito de acusación o denuncias falsas se produce posteriormente un segundo delito, el de falso testimonio cuando Gloria declara en calidad de testigo en sede judicial y en el juicio oral, tratándose de un caso de progresión delictiva y argumenta que el reproche penal que merece quien se limita a interponer una denuncia falsa no puede ser el mismo que quien-además-tras desarrollar una sistemática actividad procesal para conseguir una condena penal de quien sabe inocente, falta a la verdad como testigo a sabiendas en perjuicio del reo, y por ello, debe condenarse a la acusada, también por un delito de falso testimonio previsto en el artículo 458.2 a la pena de dos años de prisión y 12 meses multa con cuota diaria de 12 euros.

Para la adecuada resolución de la cuestión planteada-cuál es la relación concursal entre los delitos de acusación y denuncia falsas y falso testimonio en causa criminal en contra reo-debemos de partir de que la idea central en todo concurso aparente de normas es que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la Ley y expresada en la pena que la misma Ley señala para esa conducta abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal. Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, supone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito-hecho acompañante-y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo-hecho posterior impune o acto copenado-.

Siendo así en cuanto a la indicada relación entre los delitos de acusación y denuncia falsas y falso testimonio en causa criminal, parte de la doctrina considera que es de preferente aplicación el primero, toda vez que el delito de falso testimonio consiste en "faltar a la verdad" en tanto que los requisitos de tipicidad del artículo 456, además, es preciso que la declaración sea inculpatoria, esto es, debe producir el efecto de "imputar" a otra persona la comisión de un delito. Ello permitirá considerar a la acusación y denuncias falsas un delito especial y, en consecuencia, preferente respecto del delito de falso testimonio.

Y en otro orden de cosas, el denunciante suele ser llamado a declarar, bien ante el juez de instrucción y anteriormente en la vista oral. Si declara con las mismas aseveraciones falsas que contiene la denuncia, este sector doctrinal entiende que el tipo aplicable sería el de acusación y denuncias falsas, porque esa reiteración en la imputación no daría lugar a la incoación de otra causa penal diferente, debiendo considerarse como un acto posterior impune. De hecho, el bien jurídico ya estaría lesionado y no produciría una nueva lesión.

Así quien imputa falsamente ante una autoridad judicial o administrativa la comisión de un delito contra una persona, está llevando a cabo implícitamente una descripción errónea de la realidad, más aún en el caso en que la denuncia aparece como víctima de los inexistentes hechos punibles, lo que produce que las declaraciones falsas que se prestan a continuación, incluso en el juicio oral, no pueden ser de nuevo valoradas como una infracción separada por tratarse de un mismo comportamiento, de manera que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel, como nos indica el artículo 8.3 CP, lo menos queda absorbido en lo más en la progresión delictiva.

No obstante la tesis del acto posterior impune no está exenta de críticas porque no tiene en cuenta que el falso testimonio posterior resulta, consecuencia ineludible de la denuncia falsa y porque sobre todo incide de manera especialmente reprochable en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico de una forma más intensa que el propio delito de denuncia falsa, pues si el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia se lesiona con la presentación de una denuncia-también el derecho al honor-más gravemente se lesiona o pone en peligro estos bienes jurídicos por quien con su proceder no se limita a poner en marcha un injustificado funcionamiento de la Administración de Justicia, sino que comparece al acto del juicio oral, ya no como mero denunciante, sino como testigo, es decir, erigiéndose en un medio de prueba, muchas veces definitivo, en algunos delitos en que la declaración de la víctima adquiere singular importancia, para el posterior dictado de una sentencia condenatoria. Si los bienes jurídicos del denunciado falsamente corren el riesgo de ser dañados

ante una denuncia falsa, ese riesgo se acentúa más gravemente cuando se produce frente a aquel, ya en juicio oral, un falso testimonio.

Un nuevo argumento puede servir para rechazar la tesis del denunciado acto posterior impune, ya que de aceptarse la misma se haría de peor condición al mero autor de falso testimonio, (se le impondría la pena correspondiente a este delito), que al que además de cometer este hubiera dado lugar a la iniciación de la causa con la presentación de una denuncia falsa (se castigaría por la pena más benigna la del delito de denuncia falsa).

Consecuentemente resulta más adecuado la aplicación del criterio de alternatividad y castigar por el delito que tenga asignada mayor penalidad-en este caso el delito de falso testimonio en causa penal en contra del reo-.

Es cierto que el tipo penal de denuncia falsa no precisa para su consumación el posterior falso testimonio, de tal forma que si aplicáramos sólo aquel precepto estaríamos dejando fuera una parte del hecho histórico. Igualmente, el tipo penal de falso testimonio no precisa la consumación de previa presentación a una denuncia falsa, con los mismos resultados indeseables.

Por tanto, cualquiera de las normas que se escogiera no permitiría subsumir en ellas enteramente el supuesto en conflicto.

Pero quien presenta una denuncia falsa que da lugar a la apertura del procedimiento penal y después comparece al acto del juicio oral, declarando falsamente como testigo no hace sino progresar en la lesión o puesta en peligro de los mismos o semejantes bienes jurídicos ya iniciada, completando o agravando la intensidad del ataque, circunstancias por las cuales únicamente debe ser penado como autor de un delito de falso testimonio en causa penal contra el reo, sin perjuicio de que a la hora de individualizar la pena puede tenerse en cuenta la denuncia falsa inicialmente presentada.

Criterio este recogido en la más reciente jurisprudencia de esta Sala SSTS. 901/2016 de 30 noviembre y 279/2017 de 19 de abril , que en supuestos de concurrir sucesivamente un primer delito de acusación o denuncia falsa y posteriormente otro de falso testimonio, considera que "en realidad se trata de un caso de progresión delictiva, presidido por el mismo dolo del sujeto que debe dar lugar a la calificación conforme al delito que sanciona más gravemente la conducta desplegada por el mismo que, es el falso testimonio previsto en el artículo 458.2 CP , primer inciso, darse en contra del reo en causa criminal por delito. La solución es equivalente a la de un concurso de normas. Por lo tanto, tampoco tiene razón el recurrente cuando pretende la aplicación del delito más benigno, acusación y denuncia falsa. En todo caso la propia progresión delictiva significa que ambos tipos penales son homogéneos".

En base a lo razonado, el motivo debe ser estimado en este extremo.

**NOVENO.-** Estimándose parcialmente el recurso las costas se declaran de oficio. ( 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

**Estimare el recurso** interpuesto por **D. Virgilio** , (acusación particular), contra la Sentencia Nº 30/2017 , dictada el día 20 de abril de 2017, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, y en su virtud **CASAMOS** y **ANULAMOS** dicha resolución, declarando de oficio las costas de este recurso.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1574/2017

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

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

## Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 24 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto de casación nº 1574/2017, interpuesto por **D. Virgilio**, (**acusación particular**), contra la Sentencia Nº 30/2017, dictada el día 20 de abril de 2017, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid, procedente del Juzgado de Instrucción nº 46 de Madrid, contra Gloria del delito falso de testimonio del que venia siendo acusada por la acusación particular, con DNI. NUM000, nacida el NUM001 de 1966, hija de Luis Manuel y de Felicisima, natural de Donostia- San Sebastián, sin antecedentes penales, sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del tribunal Supremo por la representación legal del recurrente y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se aceptan los de la sentencia de instancia, incluyendo los hechos probados.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Tal como se ha razonado en el fundamento de derecho octavo de la sentencia precedente, procede condenar por el delito de falso testimonio del art. 458.2 CP, precepto más grave que el de denuncia falsa del art. 456.2 CP.

**SEGUNDO.-** En orden a la individualización de la pena, teniendo en cuenta que no concurren circunstancias modificativas, art. 66.1.6º CP, las circunstancias personales de la acusada que destaca la sentencia de instancia (fundamento derecho quinto), y la denuncia falsa inicialmente interpuesto se considera adecuada la de un año y 6 meses prisión y multa de 9 meses con cuota diaria 12 euros.

## FALLO

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

**Manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, Sección Quinta de Madrid, de fecha 20 de abril 2017, debemos **condenar a Dª Gloria** como autora responsable de un delito de falso testimonio en contra reo en causa criminal, a las penas de **1 año y 6 meses de prisión y multa de 9 meses con cuota diaria 12 E**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio derecho sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago 1/4 costas penales causadas. **Absolviéndola del delito de denuncia falsa** por el que había sido condenada..

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

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro D. Andres Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet