

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Falsificación. Obras de arte. Estafa. Inexistencia de plagio.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: España

ORGANISMO: Tribunal Supremo, Sala de lo Penal

FECHA: 2-12-2006

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en <http://www.paraprofesionales.com>

SUMARIO:

En cuanto al delito de estafa el Tribunal dijo, entre otras cosas, que:

“Las obras fueron adquiridas por los perjudicados a una persona como la acusada que mantenía relaciones personales con los pintores Ángel Jesús y Gregorio y que había sido incluso Comisaria de las exposiciones del primero. El precio pagado no consta fuese un precio ínfimo y notoriamente inferior al de mercado que permitiese a los compradores dudar de la autenticidad de los cuadros”.

“La pretensión de la recurrente [acusada] de exigir a los compradores deberes adicionales de comprobación, como consultar a los propios autores o a expertos o instituciones oficiales, resulta exagerada para unos compradores de buena fe que adquieren los cuadros de una persona que actuaba de marchante, que conocía personalmente a los pintores y que con anterioridad había vendido obras auténticas de ellos y organizado exposiciones de los mismos”.

Por lo que se refiere a los delitos contra el derecho de autor el Tribunal declaró:

“Analizando el recurso interpuesto [por la parte acusadora], parte el mismo de unas premisas: «que las obras vendidas o bien son reproducciones o bien plagios de obras auténticas» que no se desprende del relato fáctico”.

“En efecto por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio”.

“Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los ardiles y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la

inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (STS. Sala 1ª de 28.1.95)".

[...]

“[en] el plagio total o parcial en todo caso debe seguir manteniéndose el criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados, amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos habituales en estos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos artistas, y además se insiste, aunque es reprobable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra «per se» la figura del delito del art. 270 [del Código Penal] que lo único que sanciona es la «reproducción», «plagio», distribución de obras artísticas «originales», sin la autorización de sus titulares; es decir que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe”.

Se calificó la conducta de la acusada como estafa.

COMENTARIO: Generalmente se confunde el sentido de las figuras de “plagio” y de “falsificación”, cuando cada una de ellas tiene su propio significado y sus particulares efectos. La confusión se acentúa cuando el artículo 16,1 del Convenio de Berna dispone que “*toda obra falsificada podrá ser objeto de comiso en los países de la Unión en que la obra original tenga derecho a la protección legal*”, con lo cual se alude a todos los ejemplares ilícitamente reproducidos, haya o no usurpación de paternidad. Pero mientras el plagio es la utilización de una obra de otro como propia, en la falsificación de obras de arte se usa el nombre de otro para vender la obra propia¹. Ello quiere decir que en el plagio, el plagiarlo quiere figurar como autor de una obra que no creó, y en la falsificación, el falsificador desea hacer aparecer a la falsificación como si fuera legítima, de un autor a quien no le pertenece. En ambos casos hay el propósito de engañar, pero bajo modalidades diferentes. En algunas legislaciones sobre derecho de autor (o en los códigos penales en relación a los delitos contra los derechos intelectuales), se tipifica al plagio como delito autónomo y en otras solamente la reproducción, distribución o comunicación pública de una obra con usurpación de paternidad. En cambio, la falsificación generalmente encuadra en la figura típica de la estafa, de acuerdo a la normativa del Código Penal, ubicada entre los delitos contra el patrimonio económico o contra la propiedad, o bien entre los casos de defraudaciones, de acuerdo a las previsiones de cada ordenamiento nacional. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

I ANTECEDENTES

Primero.-El Juzgado de Instrucción número 2 de Gijón, incoó Procedimiento Abreviado con el número 544 de 2000, contra Rita, y una vez

¹ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “Protección penal de los derechos de autor y conexos”. Ed. Cívitas. Madrid, 1988, p. 64.

concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Asturias, cuya Sección Octava, con fecha 3 de febrero de 2.006, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS

PRIMERO. *Resulta probado, y así se declara expresamente, que:*

A) En fecha no determinada del año 1997 ó 1998 Rita vendió a Lucas, vecino de Gijón, dos cuadros con motivos de sombreros atribuidos falsamente en su autoría y en su firma al pintor Gregorio. Dicha falsedad se puso de manifiesto cuando el comprador, a principios del año 2000, procedió a vender los referidos cuadros, comprobándose la falsedad por manifestación del propio pintor.

B) El día 15 de diciembre de 1998 Rita vendió tres cuadros a Carlos, dos de ellos falsamente atribuidos en su autoría y en su firma al pintor Ángel Jesús, estos dos por el precio de 2.000.000 de pesetas, y otro falsamente atribuido en su autoría y en su firma al pintor Gregorio, éste por un precio de 600.000 pesetas. La falsedad de los dos primeros cuadros fue constatada por el hijo del pintor, Lázaro, y la del tercer cuadro por el propio Gregorio.

C) Rita, nacida el 22 de noviembre de 1949 y sin antecedentes penales, que era marchante o intermediaria en la venta de obras de arte desde hacía muchos años, actuando con el nombre de "María Inés", y que conocía personalmente a los pintores Ángel Jesús, Lázaro y Gregorio, de cuyas obras auténticas había vendido anteriormente varias e incluso había organizado exposiciones, cuando realizó los hechos descritos en los anteriores apartados conocía que los cuadros por ella vendidos no eran obra de los referidos pintores.

D) A finales de 1998 Ildefonso adquirió en el establecimiento "Marcos y Molduras Eloy" de Oviedo, cuyo titular es Eduardo, un cuadro con motivos de una persona de espalda y el puente de Brooklyn de Nueva York falsamente atribuido en su autoría y en su firma al pintor Gregorio. No consta que ese cuadro le fuera entregado para su venta a Eduardo por Rita, Ildefonso manifestó que Eduardo le había devuelto todo lo que pagó por ese cuadro y que no se consideraba perjudicado.

SEGUNDO. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Rita del delito contra la propiedad intelectual de que venía acusada por

los hechos objeto de esta causa, declarando de oficio la mitad de las costas, y DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Rita, como autora de un delito continuado de estafa ya definido sin circunstancias modificativas, a las penas de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y MULTA DE NUEVE MESES, con una cuota diaria de 12 euros, a que indemnice a Carlos en 15.626,31 euros, más los intereses legales, a los herederos de Ángel Jesús en 600 euros y a los herederos de Gregorio en 600 euros, y al pago de la mitad de las costas, incluidas la mitad de las costas de las acusaciones particulares, decretándose el comiso de los cuadros falsos intervenidos.

TERCERO. Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por José Antonio, Lázaro (Acusación Particular) y Rita, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO. Las representaciones de la acusada y de la Acusación Particular, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por Rita

PRIMERO. Por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa, y a un proceso con todas las garantías, todos del art. 24 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y con el art. 852 LECrim.

SEGUNDO. Por infracción del derecho a un juicio con todas las garantías, conforme al art. 24 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y con el art. 852 LECrim. y en relación con la indebida aplicación del art. 730 LECrim.

TERCERO. Por infracción del derecho a no declarar contra si mismo, y por infracción del derecho a un juicio con todas las garantías conforme al art. 24 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y con el art. 852 LECrim.

CUARTO. Conforme al art. 24 de la CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y con el art. 852 LECrim.

QUINTO. Al amparo del art. 849.2 LECrim.

SEXTO. Al amparo del art. 24.2 CE. en relación con el art. 5.4 LOPJ. y con el art. 852 LECrim.

SÉPTIMO. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 CP.

OCTAVO. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 248 y 249 CP.

NOVENO. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 250.1.6 CP.

DÉCIMO. Al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida de los arts. 74 y 66 del CP.

RECURSO INTERPUESTO POR José Antonio, Lázaro (Acusación Particular)

UNICO. Al amparo del art. 849.1 LECrim. inaplicación de los arts. 270, 271 y 272 CP.

QUINTO. Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO. Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día cinco de diciembre de dos mil seis.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Rita

PRIMERO. El motivo primero al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE.

Argumenta el motivo que Lázaro ha sido parte en el procedimiento como Acusación Particular formulando escrito de acusación calificando los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa y un delito continuado contra la propiedad intelectual, y a su vez fue propuesto por la acusación particular de Carlos como testigo y como perito; la Audiencia Provincial por auto de 24.6.2004, de señalamiento de juicio oral y admisión de pruebas, optó por denegar la comparecencia al juicio oral el Sr. Lázaro como testigo, admitiéndolo, por el contrario como perito.

En el acto de la vista, la defensa planteó como cuestión previa que la comparecencia y declaración del acusador particular como perito vulneraba, por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, por otro lado, incurría en causa de recusación, y por último, se trataba de una prueba indebidamente admitida. en dicho momento la cuestión previa planteada fue resuelta y desestimada por el Tribunal, tal y como consta en el acta del juicio y la sentencia.

El motivo discrepa de los argumentos de la Sala de instancia por cuanto la participación en el mismo proceso del acusador particular (Lázaro) como perito de las acusaciones, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a los procesos con todas las garantías, lo que si era denunciante y subsanable al amparo del art. 786.2 LECrim., como cuestión previa, provocando una palmaria indefensión a la acusada y supone una quiebra de las reglas básicas de la contienda procesal, la buena fe y la igualdad de armas. Por tanto al incorporar la prueba pericial al acervo probatorio y valorarlas en computo con el resto de pruebas, continuó el proceso y en consecuencia no es válido el juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia sobre la autenticidad o falsedad de los derechos cuestionados, y siendo así, ha de reconocerse la conculcación del art. 24 CE. y absolverse al recurrente o subsidiariamente declarar la nulidad del juicio oral y la sentencia recurrida.

El derecho a obtener la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y

aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros Derechos Fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24 de enero, 119/96 de 4 de junio, 20/97 de 10 de febrero).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error, que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho, carece de toda motivación o razonamiento".

Tutela judicial efectiva, que por ello, se instala en el ámbito propio de la mera legalidad, lo cual significa que tiene la parte derecho a acudir a los Jueces y Tribunales para obtener la justicia que demanda, pero una decisión en cualquier sentido, clara y no vinculada necesariamente a la versión y criterio interesado de dicha parte, por lo que no equivale a que, en todo caso, la pretensión haya de ser atendida, cualquiera que sea la razón que asista al postulante, esto es, que la tutela judicial efectiva la concede el Texto Constitucional in genere y que, por ello, no habrá denegación de justicia cuando las pretensiones no prosperan, máxime cuando los órganos jurisdiccionales, forzosamente han de fallar en pro de una de las partes, sin que el acogimiento de las formuladas por la parte contraria entrañen falta de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por otra parte, la prohibición de indefensión es el límite más importante del derecho a la tutela judicial efectiva (STC. 6/90 de 18.1), pues significa que "en ningún momento, el proceso puede llegar a su fin a costa del derecho a la defensa de las partes".

La indefensión se conecta al derecho de defensa del que constituye su reverso, suponiendo un efectivo y verdadero menoscabo de las posibilidades defensivas.

Por tanto, no es algo que pueda subsanarse fácilmente ni tampoco se trata de una expectativa potencial y abstracta, hablamos de

un acto procesal que altera el sentido del fallo, a costa de una parte, víctima de la decisión de un órgano judicial.

La indefensión, cuya interdicción proscribiera el art. 24.1 CE., es aquella que impide o limita, de modo trascendente, la capacidad de alegación y prueba de una parte procesal. Es decir, la que afecta al derecho de contradicción (STC. 210(99 de 29.11), alterando el ejercicio de las reglas procesales y en concreto, el derecho de igualdad de armas.

En el campo probatorio, significa impedir aportar prueba lícita o admitir prueba ilícita, siempre que ello se deba a una falta atribuible al órgano judicial, que de este modo, desnivela su deber de imparcialidad objetiva en el desarrollo del proceso.

Por tanto, no opera si la infracción se debe a una negligencia de la parte que no usa de sus derechos, los ejerce de modo torpe, se aquieta a infracciones ajenas o coopera con la conducta dolosa o culposa de la contraparte entre otras posibilidades.

En cuanto a sus consecuencias, debe tener relevancia bastante para incidir en el fallo, es decir, para modificar aquél, que podría haber sido otro si no se hubiera causado indefensión a la parte perjudicada.

En resumen la doctrina destaca estas notas de la jurisprudencia constitucional:

- La interdicción de la indefensión es la garantía negativa del derecho a la tutela judicial efectiva, para cuya prevención se garantizan los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24.2 CE. (STC. 181/94 de 20.6).

- Supone la obligación de respetar el derecho de defensa contradictoria, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses (STS. 15.1.1997).

- El perjuicio producido ha de ser algo real y efectivo, que se traduzca en un menoscabo real, una indefensión material, del derecho de defensa, y no en una mera expectativa potencial y abstracta, que pueda verse

frustrada (SSTC. 88/99 de 26.5, 237/99 de 20.12).

- No basta que se haya cometido una irregularidad procesal, se necesita que esta tenga una significación material, debiendo valorarse las situaciones de indefensión en cada caso concreto (SSTC. 145/90, 188/93, ATC. 2/99).

- No puede alegarse indefensión cuando ésta tiene su origen, no en la decisión judicial, sino en causas imputables a quien dice haberla sufrido, por su inactividad, desinterés, impericia, negligencia, o de los profesionales que la defienden o representan (SSTC. 199/86 de 26.11, 68/91 de 8.4, SSTC. 27.11.95 y 9.3.98).

SEGUNDO. Respecto a la alegación del recurrente que en todo caso, si cabía la recusación del perito al inicio de la vista oral porque así lo autorizan, en supuestos como el presente, en el que la pericial no fue practicada en fase de instrucción, ni tampoco al iniciarse el juicio oral, los arts. 467, en relación con el art. 469 LECrim., resulta improcedente por cuanto los preceptos que indica se refieren a los peritos nombrados judicialmente en la fase instructora y no a los que a su costa nombren las partes, art. 471 LECrim., cuya recusación en el procesamiento abreviado, se ha resuelto a favor de la aplicación de los arts. 662 y 663, acoplándose a las previsiones del procedimiento ordinario, esto es dentro de los tres días siguientes al de la entrega al recurrente de la lista que contenga el nombre del recusado.

Por ello no puede alegarse en casación la no recusación de un perito, si se solicitó extemporáneamente (S. 22.11.2002).

En similar sentido la STS. 6.11.2000, transcrita por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso en su caso en que se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber resuelto el Tribunal sentenciador sobre el fondo de la recusación del perito, declaró que: "Constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el contenido propio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consiste esencialmente

en obtener un pronunciamiento motivado sobre el fondo de la pretensión ejercitada pero que también puede igualmente satisfacerse ese derecho mediante resolución que, sin entrar a conocer el fondo de la cuestión planteada, se pronuncie motivadamente sobre la imposibilidad de hacerlo por concurrir alguna causa legal que impida dicho conocimiento (S.T.C. 121/99, entre otras)...y el art. 662 de la L.E.Criminal, dispone que la recusación de los peritos deberá efectuarse "dentro de los tres días siguientes al de la entrega al recurrente de la lista que contenga el nombre del recusado". Se trata de un plazo preclusivo pues el art. 663 dispone que "el perito que no fuera recusado en el término fijado en el artículo anterior no podrá serlo después, a no ser que incurriera con posterioridad en alguna de las causas de recusación"... Por ello, como... la parte recurrente dejó pasar dicho termino sin formular recusación alguna, planteándola con posterioridad una vez que ya se había dictado auto por la Sala admitiendo la practica de la prueba, y la designación del perito propuesto.... la inadmisión de la recusación por extemporánea no vulnera, en consecuencia, el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se realizó en cumplimiento de una norma legal imperativa establecida en beneficio de la pureza del procedimiento y de los derechos de las demás partes....".

En el caso presente la recurrente conoció en todo momento la posición procesal de Lázaro como acusador particular, y no obstante ello cuando otro de los acusadores Sr. Carlos en su escrito de calificación propuso a aquél como perito, no formuló objeción alguna ni intentó la recusación en tiempo y forma, siendo, por ello, extemporánea la recusación en el tramite del art. 786.2 LECrim.

TERCERO. Cuestión distinta es ciertamente si la admisión como perito de un acusador particular conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías, que en cuanto supone vulneración de derechos fundamentales que podría implicar efectiva indefensión (art. 238.4 LOPJ.) sí proceden plantearse como cuestión previa en aquel tramite.

En este sentido la imparcialidad de los peritos es una exigencia que si bien está vinculada a la necesidad de que se garantice que la prueba pericial responda exclusivamente a los especiales conocimientos técnicos de su autor, sin embargo está condicionada por el hecho de que los peritos actúan únicamente aportando un eventual elemento probatorio que, por un lado, está sometido en su practica a las exigencias de la inmediación y contradicción, y, por otro, no tiene carácter tasado, debiendo ser valorado con el conjunto de medios probatorios por el órgano judicial.

Por ello la eventual parcialidad de los peritos por su relación objetiva o subjetiva con el procedimiento solo adquiere relevancia constitucional en los supuestos en que dicha pericia asume las características de prueba preconstituida y no cuando pueda reproducirse en el juicio oral, ya que, en este ultimo caso, el órgano judicial, con la superior garantía que implica la inmediación y la posibilidad de contradicción, podrá valorar todas las circunstancias del desarrollo de la misma y sopesar, en su caso, la influencia que en el desarrollo de la prueba pudiera tener un eventual interés del perito con el hecho y con las partes.

En definitiva, el valor de la recusación no es absoluto, en el sentido de que el perito que incurra en causa de recusación del art. 468 LECrim., quede inhabilitado para prestar la pericia. La recusación es un derecho que se concede a la parte y si ésta no ejerce ese derecho, y el perito comparece al juicio oral, sometiéndose a las preguntas y aclaraciones de las partes, incluida la defensa, el Tribunal puede apreciar con mayor o menor alcance ese informe pericial en relación con el resto de las pruebas, por cuanto los dictámenes periciales son opiniones o pareceres de los técnicos en la materia, como reflejo de actos puramente personales. Más como tales apreciaciones, han de estar sometidas al principio de libre valoración de la prueba (STS. 28.10.97), sin olvidar que tramitándose el juicio por las normas del procedimiento abreviado, los arts. 771 y 788.2 LECrim., posibilitan que el informe pericial se practique por un solo perito, y obra en la causa, folios 305 y 306, informe pericial de D. Diego, ratificado en el juicio oral, que es

valorado por la Sala, Fundamento jurídico segundo para llegar a la convicción de que las obras objeto del proceso sean falsas, en cuanto no realizadas ni firmadas por los pintores a quienes se atribuían, Ángel Jesús y Gregorio.

CUARTO. *El motivo segundo al amparo del art. 5.4 LOPJ. y art. 852 LECrim., por vulneración del Derecho a un proceso publico con todas las garantías del art. 24 CE. en relación con la indebida aplicación del art. 730 LECrim.*

Argumenta el motivo que en acto de la vista oral el Tribunal de instancia acordó indebidamente y como prueba documental, conculcando lo establecido en el art. 730 LECrim., la lectura a instancia de la representación procesal de José Antonio de la declaración en dependencias policiales de Lucas, folios 6 y 7, y de Eduardo, folio 37), y a instancia de la representación procesal de Carlos la de Gregorio, e igualmente en sede policial (folios 57, 4 y 5), y ello a pesar de la protesta formal de la defensa, tal y como consta en el acta del juicio.

Esta Sala ha dicho en sentencias como la 1100/2005 de 30.9, que desde la STC. 31/81 de 28.7, el Tribunal Constitucional viene afirmando como regla general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes.

De esta exigencia general se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal

efecto los elementos necesarios para la acusación y la defensa.

Por ello las declaraciones prestadas en sede policial, por tratarse de actividad preprocesal, (STS 1940/2002, de 21 de noviembre), no pueden ser consideradas por si mismas prueba de cargo, pero ello no quiere decir, que carezcan de cualquier valor atinente a la misma investigación, pues las declaraciones así realizadas podrán proporcionar datos objetivos de donde obtener indicios de su veracidad intrínseca, de modo que quepa ser obtenida la prueba a través de esos otros elementos probatorios que conformarán la convicción judicial, aunque no se extraiga ésta estrictamente de esa declaración policial.

Se quiere decir, por tanto, que las declaraciones preprocesales pueden proporcionar datos y fruto de estos datos que se han proporcionado, puede encontrarse el cuerpo del delito, el arma y la ubicación del sujeto que se declaró responsable en el lugar de los hechos en la hora y el día del suceso. Siendo así aquella son corroboradas por pruebas estrictamente procesales, incorporadas legítimamente al juicio oral, y puede decirse en tal caso, que existe prueba y que la misma no descansa en aquella declaración llevada a cabo en sede policial sin ratificación judicial.

Esto es lo que declara la STC 7/1999 -citando expresamente el precedente constituido por la STC 36/1995 y citada, a su vez, por la sentencia de esta Sala 240/2004, de 3 de marzo -; dicha resolución recuerda que las diligencias policiales sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo válida para destruir la presunción de inocencia «cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, con arreglo a las exigencias procesales». Véase a este respecto la STS 918/2004, de 16 de julio, y en similar dirección (STS 1127/2002, de 17 de junio), si bien las declaraciones policiales "no fueron ratificadas ante el Juez de Instrucción, ni mantenidas en el

juicio oral, pero sirvieron de línea de investigación..... nuestra doctrina jurisprudencial relativiza estas manifestaciones cuando son posteriormente negadas, pero admite su refuerzo en la convicción judicial cuando se obtienen otros elementos probatorios que llevan al mismo resultado.

Ello no obstante, como dice la STS 349/2002, de 22 de febrero, existe una consolidada doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que concede excepcionalmente un cierto valor de prueba a las actuaciones policiales que por lo que refiere a las declaraciones autoinriminatorias en esa sede, no ratificadas posteriormente, puede ser estimada como prueba de cargo, siempre que se acrediten las siguientes circunstancias:

1º que conste que aquella fue prestada previa información de sus derechos constitucionales.

2º que sea prestada a presencia de Letrado; y

3º finalmente sea complementada en el mismo juicio oral mediante la declaración contradictoria del agente de policía interviniente en la misma.

En tal sentido pueden citarse las SSTC. 303/93, 51/95, 153/97. La STC. 51/95 se refiere a la doble posibilidad, para que las declaraciones prestadas ante la Policía y que figuran en el atestado puedan ser introducidas como prueba de cargo en el juicio oral, bien por su ratificación en este acto por el propio declarante o que sean confirmadas por los funcionarios de policía mediante su testimonio en el juicio.

Posibilidad que ha sido reafirmada en el muy reciente Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 28.11.2006 que adoptó el siguiente acuerdo: "Las declaraciones prestadas validamente ante la Policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia".

QUINTO. Ahora bien llegados a este punto hemos de realizar una importante precisión, cual es que en el caso no nos encontramos ante declaraciones autoinriminatorias del

acusado en sede policial, practicadas con plena información de derechos y asistido de letrado, que posteriormente son desmentidas ante el Juez de Instrucción y en el plenario, sino por declaraciones testificales ante la Policía, testigos que fallecieron antes de declarar en sede judicial, encontrándose, por tanto, ante unas únicas declaraciones.

Ello implica la inaplicabilidad del art. 714 LECrim., no ya por la doctrina jurisprudencial en orden a que dicha lectura no transmuta la naturaleza del atestado y de todas las diligencias que la integran, ya que sólo la única autoridad dotada de suficiente independencia para generar actos de prueba es el propio Juez de Instrucción, y nótese que el mismo art. 714 de la LECriminal al referirse a la diversidad de declaraciones del testigo, se refiere a las prestadas "en el sumario", y en este sentido las SSTC. 206/2003 y 51/95 recuerdan que los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim. "se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el auto que declara conclusa la instrucción y no en la fase preprocesal que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial, sino la policía", sino porque faltaría el presupuesto para la aplicación de lo dispuesto en aquel precepto, cual es que el testigo haya declarado en el juicio oral y tal declaración no se conforme en lo sustancial con la prestada anteriormente y que después de leída sea invitado por el Presidente a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe.

Consecuentemente al haber fallecido Gregorio, Lucas y Eduardo antes del juicio oral -e incluso antes de haber prestado declaración ante la autoridad judicial-, la actuación procesal ordinariamente procedente había consistido en acudir al mecanismo previsto en el art. 730 LECrim., pero el problema lo plantea el hecho de que habiendo sólo declarado ante la Policía, no se darían todos los presupuestos de la prueba anticipada o preconstituida, art. 488.1 LECrim., que podemos sintetizar en:

a) Material: que verse sobre hechos que, por su fugacidad o por circunstancias sobrevenidas (como es el caso de fallecimiento del testigo), no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral (SS.TC. 137/1988, 154/1990, 41/1991, 303/1993, 323/1993, 79/1994, 36/1995, 51/1995 y 40/1997).

b) Subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de instrucción

c) Objetivo: cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, por lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible (S. TC. 303/1993); y

d) Formal: como lo es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, esto es, el de la cross examination, (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como, de otro, que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la "lectura de documentos", la cual ha de posibilitar someter su contenido a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SS.TC. 25/1988, 60/1988, 51/1990, 140/1991 y 200/1996).

En el supuesto que examinamos, tratándose de manifestaciones policiales y no concurriendo los requisitos anteriores -salvo el material por haber fallecido los testigos-, no pueden ser consideradas medio de prueba.

Sin embargo el Tribunal Constitucional ha admitido que en casos excepcionales las declaraciones prestadas ante la Policía pueden ser utilizadas como prueba de cargo, siempre que comparezcan ante el Tribunal como testigos los funcionarios policiales que las recogieron. En este caso estaríamos ante esa situación excepcional pues, como se ha dicho ya, los tres testigos habían fallecido y ninguno de los tres había llegado a declarar ante la

autoridad judicial, por lo que tampoco podría procederse conforme al art. 730 LECrim.

Por ello, con independencia de su credibilidad, conforme a la doctrina expuesta, sería posible incorporar sus declaraciones policiales al juicio oral, como medio de prueba mediante las manifestaciones de los policías ante los que se efectuaron o por el testimonio de terceras personas a las que el testigo fallecido hubiera hecho llegar el contenido de su declaración, al encontrarnos ante uno de los supuestos de posibilidad de acudir a la prueba testifical de referencia, entre cuyos requisitos legales no se incluye la efectiva contradicción de la declaración del testimonio original, ya que por definición ya no se cuenta con él, sino la precisión del origen de la noticia, identificando en lo necesario a la persona que se le hubiera comunicado, y aquellos supuestos son:

- a) fallecimiento del testigo directo, antes del juicio oral.
- b) hallarse en paradero desconocido, después de gestiones policiales de localización infructuosas, fallida su citación en forma legal.
- c) testigo extranjero o residente en el extranjero, después de su citación sin éxito, por vía de auxilio jurisdiccional internacional.

En definitiva es posible utilizar con virtualidad el testimonio de referencia cuando no es posible la práctica de la prueba directa, casos de imposibilidad material de la comparecencia del testigo presencial al juicio oral (SSTS. 1559/98 de 2.12, 852/2000 de 19.9; 1035/2001 de 4.6).

En el caso presente Gregorio y Lucas prestaron declaración en sede policial (folios 4,5,6 y 7) ante el Inspector Jefe con No. ..., e Inspector con No. ..., en los que el primero confirmó que los cuadros no habían sido pintados por él, lo que a su vez había manifestado ante Augusto, Eusebio y Teresa y el segundo que los cuadros se los había vendido la acusada. Igualmente Eduardo declaró ante la policía con No. ... (folios 55 y 56). En el juicio oral comparecieron los policías nacionales No. ... y ..., así como los tres testigos a que nos hemos referido, quienes ratificaron aquellos extremos de las

declaraciones de los testigos fallecidos, que pudieron así ser valorados por la Sala.

Por último debemos precisar, que aunque se aceptara la tesis de la recurrente de ineficacia probatoria de las declaraciones de los fallecidos ante la Policía conllevaría, la exclusión de su acceso al juicio mediante el procedimiento de lectura de las declaraciones en la audiencia producida al amparo del art. 730 LECrim., y en todo caso, su exclusión como material probatorio apto para desvirtuar la presunción de inocencia, pero, en modo alguno, como se postula en el motivo, la nulidad del juicio oral y de la sentencia recurrida, ni necesariamente, la absolución de la acusada, si el Tribunal, como es el caso, ha contado con otros elementos de prueba suficiente por sí solos, para enervar la presunción de inocencia.

SEXTO. El motivo tercero al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim. por vulneración del derecho a no declarar contra sí mismo y del derecho a un proceso con todas las garantías, art. 24 CE., por cuanto en el acto de la vista oral el Tribunal de instancia, habiendo hecho la acusada uso de su derecho a no declarar contra sí misma, negándose a contestar las preguntas de las tres acusaciones particulares, acordó indebidamente -como prueba documental-la lectura parcial e incompleta de las declaraciones de aquella en dependencias policiales y ante el Juez de instrucción, a pesar de la oposición y protesta formal de la defensa, y al valorarse éstas como prueba de cargo que enervaba la presunción de inocencia, el tribunal de instancia conculcó el art. 24 CE. en relación con el art. 730 LECrim., así como el art. 14.3 g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

Ciertamente no se puede compartir, sin más, la afirmación de que es un indicio de culpabilidad la decisión de la acusada de no responder a las preguntas de las acusaciones particulares y sí a las del resto de las partes. Quien ejercita su derecho a no declarar desde el amparo que le concede la presunción de inocencia está sencillamente ejercitando un derecho constitucional, sin que ello suponga, como dice la STS. 20.7.2001 una valoración negativa del ejercicio del derecho al silencio. En este

sentido el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 17.7.98, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Naciones Unidas ratificado por España, en el art. 67.1 g) y respecto del acusado entre sus derechos expresamente le reconoce "a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable y a guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia.

En el sentido indicado la STS. 15.11.2000 reconoce expresamente que: " Tampoco es valorable como "indicio" el ejercicio por el acusado en el plenario de su derecho a no declarar. El acusado que mantiene silencio y se niega a dar una explicación alternativa a la que en principio se deduce del cúmulo de indicios concurrentes sobre su intervención en el delito, ejercita un derecho constitucional a no declarar del que no puede resultar por tanto la prueba de su culpabilidad. La participación criminal no puede deducirse de la falta de explicaciones por parte de quien está amparado por la presunción de inocencia, sino del resultado de un proceso lógico cuyo punto de arranque se sitúa en el conjunto de hechos base llamados indicios, con capacidad para conducir por vía deductiva, y de modo lógico, a una conclusión llamada hecho consecuencia. De este mecanismo el silencio del acusado no forma parte porque no es premisa de la conclusión ni un elemento incorporable al proceso lógico como un indicio más entre otros".

Cuestión distinta es el alcance que en determinados supuestos pueda el Tribunal conceder al silencio del acusado que se enfrenta a una serie de indicios acreditados en su contra, en tanto en cuanto omite la posibilidad de ofrecer otra explicación diferente al razonamiento deductivo llevado a cabo por el órgano sentenciador a través de tal conjunto indiciario, supuesto contemplado por el TEDH, caso Murray, S. 8.6.96, y caso Landrome, S. 2.5.2000, y en las que previo advertir que "los Tribunales internos deberán mostrarse especialmente prudentes antes de utilizar el silencio del acusado en su contra "ya que "sería incompatible con el derecho a guardar silencio fundamentar una condena exclusivamente o esencialmente en el silencio del inculpado o en su negativa a responder a

preguntas o a declarar", ciertamente admiten que ello no impediría "tener en cuenta el silencio del interesado, en situaciones que requiriesen una explicación por su parte para apreciar la fuerza persuasiva de las pruebas de cargo", doctrina de la que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional SS. 137/98 de 7.7 y 202/2000 de 24.7, entre otras y que precisa que ello "solo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación... no puede afirmarse que la decisión de un acusado de permanecer en silencio en el proceso penal no puede tener implicación alguna en la valoración de las pruebas por el Tribunal que le juzga. Bien al contrario, se puede decir que dicha decisión o la inconsistencia de la versión de los hechos que aporta el acusado habrían de ser siempre tenidas en cuenta por el órgano judicial... como corroboración de lo que ya está probado... es situación que reclama claramente una explicación del acusado en virtud de las pruebas de cargo aportadas... de modo que el sentido común dicta que su ausencia (la omisión de declarar) equivale a que no hay explicación posible". De esta misma Sala Segunda podemos citar las SSTs. 554/2000 de 27.3, 24.5.2000, 20.9.2000, 23.12.2003 y 358/2004 de 16.3, y 29.3.99 que explica: "El silencio es en realidad la ausencia de una explicación que precisamente porque no existe en nada afecta a la racionalidad de la inferencia obtenida de los indicios; una racionalidad en la deducción que, si fluye de los propios indicios, y discurre a través de las reglas de la lógica y de la experiencia, el solo silencio del acusado por sí mismo no destruye ni atenúa. No se condena por no explicar. Se condena por unos indicios suficientes para construir racionalmente una deducción, es decir, por la existencia de una prueba indiciaria, que como tal no encuentra a su vez en el silencio del acusado otra prueba que neutralice su capacidad demostrativa".

En definitiva y como señala la STS. 24.5.2000, el silencio del acusado en ejercicio de un derecho, puede ser objeto de valoración cuando el cúmulo de pruebas de cargo reclama

una explicación por su parte acerca de los hechos.

Por ello el silencio del acusado si puede entenderse como contradicción a los efectos del art. 714 LECrim., pues en principio hay que entender que en el concepto de contradicción, en lo que al acusado se refiere se extiende a toda conducta que jurídicamente pueda ser considerada contraria a su referente sumarial. De lo que se infiere que cuando obran en el sumario declaraciones judiciales autoinculpatorias del acusado, el silencio del mismo en el juicio oral ha de ser considerado como una "contradicción" a los efectos del art. 714 LECrim. En esta materia debemos recordar que:

1º) Según el Tribunal Constitucional los Derechos Fundamentales no son absolutos.

2º) El derecho al silencio tiene dos vertientes: a) un mandato dirigido a los Tribunales y a la policía: favorecer su ejercicio y respetarlo cuando se produce; y b) respecto del acusado: facultad de acogerse al mismo con la seguridad de que ello no le supone perjuicio alguno.

3º) Se trata de un derecho de ejercicio sucesivo: tantas veces sea llamado a declarar puede acogerse al mismo.

4º) La declaración del acusado supone una renuncia del derecho a no declarar que, en un contexto global de silencio parcial, no resulta afectada por el ejercicio de dicho derecho en las declaraciones previas y/o posteriores.

Consecuentemente, no se afecta el núcleo esencial del derecho a no declarar contra si mismo, cuando reconociéndole un valor negativo al silencio se le confronta con la declaración del acusado en la que, renunciando a su derecho, haya reconocido los hechos, lo cual se deriva del carácter independiente de cada declaración que permite, en el ámbito de la LECrim. y al amparo del art. 741, valorar las declaraciones sumariales del acusado aunque éste se haya negado a declarar en el juicio.

Procede, por ello, considerar que la calificación del silencio como "contradicción" no afecta a derecho constitucional alguno.

Además el silencio del acusado es uno de los casos de imposibilidad que permite, ex art. 730 LECrim, dar entrada en el juicio oral a las anteriores manifestaciones inculpativas (STS. 20.9.2000) y tal silencio equivale también a una retractación y se puede por ello, ex art. 714 LECrim; unir testimonio de las anteriores manifestaciones inculpativas a efectos de dar mayor valor probatorio a unas y otras.

En ambos casos debe considerarse que la presencia en el acto del juicio y la evaluación judicial de su silencio permiten dar valor a sus declaraciones sumariales porque, de nuevo, la contradicción constitucionalmente exigible queda garantizada con la presencia física del acusado en juicio, aunque éste se acoja a su derecho a guardar silencio.(STS. 894/2005 de 7.7).

Criterio reiterado en SS. 14.11.2005 y 830/2006 de 21.7, "la negativa a contestar en el acto del juicio oral, permite la entrada en juego de las previsiones del art. 714 L.E.Cr. (véase STS de 6 de febrero de 2.001), teniendo en cuenta, por otra parte, que carece de lógica que si el testigo o coacusado no comparece o no está localizable, se puede dar lectura a sus declaraciones anteriores y si comparece y se niega a declarar, no sea factible someter a contraste sus manifestaciones precedentes". Y en STS. 126/2005 de 31.10, "el ejercicio del derecho a guardar silencio por parte del acusado en una causa penal en el acto del juicio oral, no puede ser interpretado sino como un acto neutro. No supone una negación o rectificación de lo declarado hasta ese momento, pero tampoco se puede valorar como una aceptación o ratificación tácita de lo dicho con anterioridad. Se trata del ejercicio de un derecho fundamental, al que no pueden anudarse efectos negativos para su titular con carácter automático. Esto no impide que, si existen otras pruebas de cargo suficientes para acreditar el hecho y su intervención en él, de modo que pudiera entenderse que reclamaban una explicación por su parte, su silencio pueda ser valorado como demostrativo de la inexistencia de esa explicación exculpatoria.

Pero aún en estos casos, la prueba de cargo es independiente de la valoración del silencio.

Si el acusado ha prestado declaración ante el Juez con todas las garantías, su negativa a declarar en el plenario no deja sin efecto esas declaraciones ni las convierte en inexistentes, pues fueron efectuadas en otro momento procesal en ejercicio de su libertad de prestar declaración con el contenido que tuviera por conveniente y, como se ha dicho, rodeado de todas las garantías exigibles. Puede entenderse, sin embargo, que la negativa a declarar supone la imposibilidad de practicar en el plenario la prueba, propuesta y admitida, consistente en la declaración del acusado, lo que autoriza a acudir al artículo 730 de la LECrim. Así lo entendió esta Sala entre otras en la STS nº 590/2004, de 6 de mayo".

SÉPTIMO. *En el caso presente la acusada, ejerciendo su derecho a no declarar contra sí misma, no contestar a todas o algunas de las preguntas que se le hicieran, optó por responder a las del Ministerio Fiscal, su defensa y el Tribunal, y no hacerlo a las que formulaban las acusaciones particulares. No obstante en la fase instructora si había prestado declaración respecto a cuestiones concretas interesadas por la defensa y las demás partes, y al ser contradictorias con las contestaciones realizadas en el acto del juicio, la acusación de Ángel Jesús interesó se diera lectura a las preguntas y contestaciones que en fase instructora y respecto a esas contradicciones se advirtieron en la declaración de la acusada.*

Nos encontramos por tanto, ante una diversidad de declaraciones de una misma persona en sede judicial -prescindiendo incluso de la realizada en sede policial-pudiendo el Tribunal primar aquella que estime de superior credibilidad con la única condición de que haya sido introducida en el plenario (SSTS. 1289/98 de 23.10, 1610/98 de 17.12, 652/99 de 21.10, 1139/99 de 9.7, 349/2002 de 22.2).

En efecto no cabe duda de que, con carácter general los Tribunales pueden dar más valor a las declaraciones vertidas en la instrucción que a las realizadas en el juicio oral. En tal sentido, en lo que se refiere a las manifestaciones

prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, el Tribunal Constitucional ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos el contenido de la diligencia practicada en el sumaria se reproduzca en el juicio oral mediante la lectura del acta en que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (SSTC. 2/2002 de 14.1, 190/2003 de 27.10). En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (SSTC. 155/2002 de 22.7; 195/2002 de 28.10).

Como señala la sentencia nº 269/96, de 20 de Marzo, una reiterada doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, ha declarado que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal, la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88, S.T.S. 14-4-89, 22-1-90, 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95), admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal.

En este sentido como precisa la STS 12.9.2003 : "cuando un acusado o un testigo declara en el juicio oral y antes lo ha hecho en otra fase del procedimiento, bien ante la Policía o ante la autoridad judicial, el Tribunal que conoce de la causa y ha de dictar sentencia tiene la facultad de conceder su credibilidad a unas u otras de tales declaraciones, en todo o en parte, como una manifestación más de los principios de inmediación y de apreciación conjunta de la

prueba, de modo que puede redactar en su sentencia los hechos probados tomando datos de unas o de otras de tales declaraciones, conforme a la verosimilitud que les merezcan según su propio criterio (art. 741 LECrim.), siempre que se cumplan dos requisitos de carácter formal: 1º que aquellas manifestaciones de las que se toman los datos de cargo hayan sido practicadas con observancias de las correspondientes normas procesales aplicables a la misma; y 2º que, genéricamente consideradas (es decir, no en sus detalles específicos), hayan sido incorporadas al debate del plenario, de modo que las partes hayan tenido oportunidad de interrogar sobre estos extremos.

Con relación a ésta última exigencia formal, cuando el dato de cargo no ha sido afirmado en el acto del juicio sino en alguna manifestación anterior, debe actuarse conforme al procedimiento referido en el art. 714, esto es, mediante la lectura de las declaraciones anteriores e invitando al interrogado a que explique las diferencias o contradicciones existentes, aplicable este artículo no solo a la prueba testifical a la que literalmente se refiere, sino también a las declaraciones de los acusados y no solo a las practicadas a instancia de parte, sino también a las acordadas de oficio.

Sin embargo, esta última exigencia no debe interpretarse de manera formalista en el sentido de que, incumplido este trámite del art. 714 ya no cabría tomar circunstancias de hecho de las manifestaciones anteriores al acto de la vista oral para construir el relato de hechos probados, puesta hasta con que, de cualquier modo, esas declaraciones primeras hayan sido tenidas en cuenta en el acto solemne del plenario, lo que puede aparecer acreditado por el contenido de las preguntas o respuestas. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora a las narraciones de hechos probados.

Observados tales requisitos (cumplimiento de las formalidades legales en la declaración anterior y su reproducción en el juicio oral) el Tribunal de instancia tiene libertad de criterio para redactar los hechos probados tomando las circunstancias o datos correspondientes de unas u otras manifestaciones, sin que tal labor de selección de la verosimilitud pueda ser sometida a revisión del Tribunal Supremo a través del recurso de casación, ni tampoco del Tribunal Constitucional mediante demanda de amparo, pues en estas altas instancias sólo cabe una labor de comprobación respecto a la existencia de una verdadera y propia prueba de cargo, para asegurarse de que no hubo condena sin actividad probatoria practicada con las formalidades exigidas por la Constitución y la Ley, sin poder entrar en la valoración del alcance de tales pruebas que sólo al Tribunal de instancia compete".

La libertad de valoración de la prueba abarca necesariamente la posibilidad de otorgar mayor o menor fiabilidad a unas u otras entre aquellas manifestaciones que esa misma persona ha prestado a lo largo del proceso, sin que forzosamente haya de prevalecer el contenido de las prestadas en el juicio oral, en el cual las preguntas han de versar sobre los mismos extremos objeto del proceso, que necesariamente han de ser aquellos a los que se refirieron las diligencias sumariales. Así pues en tales supuestos de declaraciones de diverso contenido, realizadas por una persona -testigo o acusado- en distintos momentos del proceso penal, siempre que una de ellas haya sido realizada en el juicio oral con respeto a los principios que informan este acto. El Tribunal tiene libertad de criterio para estimar que la realidad de lo ocurrido no se corresponda con lo declarado en dicho juicio, sino que, en todo o en parte, coincide con algunas de las manifestaciones anteriores, siempre que éstas, que se reputan veraces, hayan sido prestadas con observancia de las normas Legales que regulan el acto en que se produjeron, y como dice la STC 122/89 no se acredite en forma el porqué del cambio o variación y no se den razones convincentes y lógicas que expliquen racionalmente el cambio practicado.

A mayor abundamiento en el caso actual, la Sala ha valorado en su conjunto las declaraciones de la acusada -incluidas por tanto, las que prestó en el juicio oral a preguntas del Ministerio Fiscal y defensa-sin que el recurso se especifique qué extremos concretos de las declaraciones que fueron leídas han servido para justificar el pronunciamiento de condena, lectura que no tiene que ser necesariamente en su totalidad, sino en los extremos que la parte que insta tal lectura estima existe la contradicción, sin perjuicio de que la defensa pueda pedir que se verifique en su totalidad y efectuar las alegaciones que estime pertinentes.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

OCTAVO. El motivo cuarto al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim. por vulneración a un proceso público con todas las garantías del art. 24 CE., ya que a la representación procesal de Carlos, a pesar de ser acusación particular se le ha permitido actuar en el procedimiento como acusación popular, incluyendo en su escrito de conclusiones provisionales, admitido por el Juez Instructor y elevado a definitivas posteriormente, hechos y calificaciones que nada tenían que ver con sus intereses y de los que ni era perjudicado ni ofendido, proponiendo prueba y participando en su práctica sobre dichos hechos, todo ello sin exigirle presentación ni de querrela ni de fianza, que se le exige a toda acusación popular. Infracción que fue puesta de manifiesto como cuestión previa en el acto del juicio y ante su desestimación se dejó expresa constancia de protesta.

El art. 101 LECrim. establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos podrán ejercerla con arreglo a los principios de la Ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación de los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio del Ministerio Fiscal, al contrario con carácter general, se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular, a su vez, el art. 19 LOPJ. precisa también que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercitar la acción popular, en los casos y formas establecidos por la Ley, lo que

determina que puestos en relación estos artículos con los artículos 105, 270, 271 y 280 LECrim. el acusador popular debe comparecer en la causa por medio de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además debe constituir fianza de la clase y cuantía que el juez determine para responder de las resultas del juicio.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al Ministerio Fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (art. 105 LECrim.), como defensor de la legalidad (arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga previsto una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el artículo 270 o a la prestación de fianza del artículo 280 ambos LECrim. (STS. 10.7.95).

En este sentido el Tribunal Constitucional tiene declarado que aún cuando en el momento actual no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC. 108/93, 115/94, 147/95, y 136/97), su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 CE. y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 CE., en cuanto que perjudicado por la infracción penal. La protección en amparo del acusador popular requiere, por ello, que la defensa del interés común sirva para sostener un interés legítimo y personal (STC. 50/98 de 2.3).

En el caso de acción popular lo que caracteriza es que cualquier ciudadano, por el mero hecho

de estar en la plenitud del goce de sus derechos, puede ejercitarla, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial y moral (arts. 100, 101 y 102 LECrim.). En la acción popular que se contempla en el art. 125 CE., el particular actúa en su tesis de la sociedad, viniendo a asumir dentro del proceso un papel similar al Ministerio Fiscal.

Como advierte el Tribunal Constitucional (SS. 62/83, 147/85, 37/93 y 40/94), en el caso de la acción popular se actúa en defensa de un interés común o general, pero también se sostiene simultáneamente un interés personal, porque, en estos casos, la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común.

En el caso presente Carlos, se le tuvo por personado como acusación particular, por providencia de 16.7.2001. Con fecha 3.12.2001 presentó escrito de acusación calificando los hechos como un delito continuado de estafa de los arts. 238.1, 249 y 250.1, apartados 4, 6, 7 y 74 CP. y como un delito continuado contra la propiedad intelectual de los arts. 270, 271, 272 y 74 CP. La defensa tuvo conocimiento de tal calificación y no obstante de defensa de fecha 16.2.2004, no efectuó alegación alguna cuestionando esta actuación de la acusación privada, que si bien podría estar justificada en relación al delito de estafa, dada su calificación como continuada y la necesidad de referirse por ello a los otros hechos que configuran esa continuidad delictiva, no lo estaría respecto al delito contra la propiedad intelectual. Siendo así a tenor de lo dispuesto en el art. 786.1 ha de concluirse que esta fase de cuestiones previas no es la adecuada para discutir la condición de parte en el proceso, cuando expresamente se ha consentido dicha condición sin que quepa entender que esa extensión, equiparándose a efectos de calificación, a esa acusación popular en relación al delito contra la propiedad intelectual haya podido causar indefensión alguna a la recurrente, que también era acusado por dicho delito por el Ministerio Fiscal, y las acusaciones particulares de José Antonio y Lázaro.

Sin olvidar que esta Sala viene manteniendo (SSTS. 18.3.92, 22.5.93, 3.6.95, 4.2.97), que el legislador, tratándose de delito público, no ha limitado la acción popular al derecho de pedir la incoación del proceso penal mediante querrela y fianza, sino que ha permitido ejercitarla en las causas ya iniciadas personándose en los términos prevenidos en el art. 110 LECriminal, es decir, mostrándose parte como adhesión en nombre de la ciudadanía a un proceso pendiente, sin dejar condicionada la eficacia de la acción penal a la formulación de querrela. La existencia de fianza, impuesta por el art. 280, constituye requisito de admisibilidad de la querrela cuando ésta es medio de iniciación del proceso penal, pero cuando el ejercicio de la acción popular se realiza en un proceso en curso la necesidad de tal requisito no parece razonable.

NOVENO. El motivo quinto al amparo del art. 849.2 LECrim. por error en la apreciación de las pruebas, relativo a la supuesta falsedad de todos aquellos cuadros que se mencionan en el relato de hechos probados de la sentencia y basado en el informe pericial obrante a los folios 305 y 306, y en relación con el art. 478 de la citada Ley Procesal, dado que el citado informe carece del más mínimo rigor, estructura, fundamentación y metodología, por lo que el Tribunal de instancia incurrió en error y arbitrariedad, art. 9.3 CE., en la valoración de la prueba, al basarse en el citado informe para afirmar en el factum que los cuadros enjuiciados en la causa no eran auténticos de los pintores José Antonio y Ángel Jesús.

El desarrollo argumental del motivo que efectúa la parte recurrente hace necesario recordar la constante doctrina de esta Sala, por todas la muy reciente 488/2006, en el sentido de que el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim., que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11, es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su

propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02, la finalidad del motivo previsto en el artículo 849.2 LECrim., consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto 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 elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino

un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Ahora bien quedan excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6).

También se considera por esta Sala que no constituyen documentos a estos efectos, la prueba pericial, pues se trata de una prueba personal y no documental, aunque aparezca documentada, a efectos de constancia. Es cierto que excepcionalmente se reconoce esa virtualidad a la prueba pericial como fundamento de la pretensión de modificación del aspecto fáctico de una sentencia impugnada en casación cuando:

a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que altere relativamente su sentido originario.

b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con los de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen (SSTS. 182/2000 de 8.2, 1572/2000 de 17.10, 1729/2003 de 24.12, 299/2004 de 4.3).

En ambos casos cabe estimar acreditado documentalmente el error del Tribunal. En el primero porque, asumiendo el informe, el texto documentado de éste permite demostrar que ha sido apreciado erróneamente al incorporarlo en los Hechos Probados de un modo que

desvirtúa su contenido probatorio. En el segundo porque, al apartarse del resultado único o coincidente de los dictámenes periciales, sin otras pruebas y sin expresar las razones que lo justifiquen, nos encontramos ante un discurso o razonamiento judicial que es contrario a las reglas de la lógica, de la experiencia o los criterios firmes del conocimiento científico.

Así pues, la excepción requiere que él o los dictámenes periciales sean coincidentes respecto de una cuestión sobre la que no exista otra forma de probarla y que, sin embargo, el Tribunal sin una justificación razonable se haya apartado de lo indicado en el dictamen pericial.

Los informes, en suma, han de patentizar el error denunciado, no resultar contradichos por otras pruebas y ser relevantes para la resolución del caso (SSTS. 30.4.98, 22.3.2000, 23.4.2002).

Las pruebas periciales no son auténticos documentos, sino pruebas personales consistentes en la emisión de informes sobre cuestiones técnicas, de mayor o menor complejidad, emitidos por personas con especiales conocimientos en la materia, sean o no titulados oficiales. Como tales pruebas quedan sujetas a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el artículo 741 de la LECrim. Cuando, como es habitual, los peritos comparecen en el juicio oral, el Tribunal dispone de las ventajas de la inmediatez para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (artículo 724 de la LECrim). Y es doctrina reiterada que lo que depende de la inmediatez no puede ser revisado en el recurso de casación.

En definitiva, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim. No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba. La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de inmediatez personal, particularmente cuando esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no

aparece en la documental Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de esta norma de la LECrim. (art. 849.2) en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio, (SSTS. 275/2004 de 5.3 y 768/2004 de 18.6).

La excepcionalidad con que esta posibilidad se ha aceptado por la jurisprudencia de esta Sala, a pesar de la frecuencia con que plantea, no supone que pueda afirmarse que la prueba pericial pueda ser nuevamente valorada en todo caso y en su integridad, por el Tribunal de casación.

Siendo así, no debe confundirse este supuesto excepcional con la valoración que el Tribunal hace de la prueba pericial, pues, como indica la STS. 1572/200 de 17.10, "El Tribunal ha valorado una pluralidad de informes, incluidas las matizaciones realizadas por el perito en el acto del juicio oral, obteniendo racionalmente su convicción... por lo que nos encontramos ante un ejercicio razonable de las facultades valorativas del Tribunal de instancia no cuestionables a través de este cauce casacional".

En el caso presente, la parte recurrente no presentó informe pericial alguno para contradecir las conclusiones del practicado por el perito, cuya formación, estudios y conocimientos constaban a la Sala, informe que fue ratificado en el acto del juicio oral, y cuyas conclusiones: que los cuadros eran falsos en cuanto no habían sido pintados por los pintores Ángel Jesús y José Antonio, fueron asumidas por la sentencia recurrida, estando corroboradas en cuanto a lo atribuido a Úrculo por las manifestaciones directas del propio pintor, teniendo a su vista tales obras ante testigos que así lo confirmaron en la instrucción y en el juicio oral, ante Carlos el cuadro comprado por éste (folios 164 y 165 y juicio oral), y ante no menos de cinco testigos - Augusto, Eusebio, Teresa y los policías nacionales ... y ... (folios 1,4,5,8,9,10,11y 12 y juicio oral), los comprados por Lucas; y en cuanto a las atribuidas a Ángel Jesús por

declaración de su hijo Lázaro, primero a la vista de fotografías y luego en el juicio oral al examinar directamente las obras.

Consecuentemente si existiendo un solo informe pericial, la Sala no acoge el dictamen de modo incompleto o prescinde del mismo, sino que llega a las mismas conclusiones que las expresadas por el perito, existiendo otras pruebas en igual sentido sobre el mismo hecho, no puede entenderse cometido el error que se denuncia vía art. 849.2 LECrim.

DÉCIMO. El motivo sexto al amparo del art. 5.4 LOPJ. y del art. 852 LECrim., por vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24 CE., dado que la valoración de la prueba que efectúa el Tribunal es ilógica y arbitraria.

Argumenta el motivo que no se pretende sustituir la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de instancia, sino que lo que se defiende es que el juicio de inferencia es irracional y arbitrario, así como insuficiente, en relación a tres distintos apartados:

1º Inexistencia de prueba que permita afirmar que los cuadros vendidos por Rita a Lucas (apartado A) de los hechos probados) sean los intervenidos por la policía en la denuncia que da lugar a la incoación de esta causa.

2º Inexistencia de prueba de cargo que permita afirmar que los cuadros vendidos por Rita a Lucas (apartado A de los hechos probados), y a Carlos (apartado B de los hechos probados) sean falsos, esto es, no realizados, atribuibles y/o firmados por los pintores Gregorio y Ángel Jesús.

3º Inexistencia de prueba que permita afirmar que Rita conocía que los cuadros vendidos no eran obra de los pintores Gregorio y Ángel Jesús (apartado C hechos probados).

El desarrollo argumental del motivo -y para su correcta resolución-hace necesario recordar que el derecho a la presunción de inocencia según la doctrina de esta Sala, alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo,

razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías (STS. 26.9.03).

Igualmente, en reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es solo revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respeta a la desviación por parte del Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los razonamientos científicos.

Por el contrario constituye doctrina de esta Sala que son ajenos al objeto de la casación aquellos aspectos del juicio que dependen substancialmente de la inmediación, o sea de la percepción directa de las declaraciones prestadas en presencia del Tribunal de instancia.

Ello no quiere decir -recordábamos en la S. 14.6.2006-que el recurso de casación no permita una revisión fáctica, que satisfaga el derecho a los condenados a la revisión de su condena por un Tribunal superior, si no únicamente que esta revisión se realiza "conforme a lo dispuesto en la Ley". En realidad el derecho a la presunción de inocencia y la interdicción de la arbitrariedad posibilitan una versión fáctica bastante amplia, respetando en todo caso la inmediación, que permite controlar los siguientes parámetros:

1º que la sentencia de instancia se fundamenta en una prueba de cargo suficiente.

2º que dicha prueba ha sido constitucionalmente obtenida.

3º que la prueba de cargo se ha practicado legalmente.

4º que los criterios de valoración son racionales.

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su

obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 2004 de 9.3).

Más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de vulneración de presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (SSTS. 28.2.2003 y 16.4.2003).

Por ello cuando se trata de prueba testifical, su valoración depende en gran medida de la percepción directa, de forma que la determinación de la credibilidad que corresponde otorgar a cada testigo es tarea atribuida al Tribunal de instancia, en virtud de la inmediación, sin que su criterio pueda ser sustituido en casación, salvo los casos excepcionales en los que se aportan datos o

elementos de hecho no tenidos en cuenta por aquel tribunal que puedan poner de relieve una valoración arbitraria (STS. 1582/2002 de 30.9). En definitiva, se ha señalado repetidamente que la cuestión de la credibilidad de los testigos, en principio, queda fuera de las posibilidades de revisión en el marco del recurso de casación.

UNDÉCIMO. *En el caso presente en relación a que los cuadros vendidos por la acusada a Lucas son los intervenidos por la Policía con motivo de la denuncia inicial de la causa, la Sala lo considera probado no solo por las declaraciones del pintor Gregorio y del propio Lucas ante la Policía, que con independencia de la validez de su lectura en el juicio oral por su fallecimiento anterior, que ha sido analizada en el motivo segundo, lo cierto es que fue oído el Policía Nacional ... ante cuya presencia se vertieron, sino por los testimonios de Augusto, Eusebio y Teresa (folios 8 a 12), y en el juicio oral, y respecto a que los cuadros vendidos por Rita a Lucas y a Carlos fueran falsos, esto es, no realizados, atribuibles y/o firmados por los pintores Gregorio y Ángel Jesús, la sentencia impugnada lo considera probado en cuanto a las atribuidas a Gregorio, no por la lectura de sus declaraciones ante la policía en el juicio oral, sino por la testifical de referencia de Carlos en relación al cuadro por él comprado, y de no menos de único testigos -Augusto, Eusebio, Teresa y de los Policías Nacionales ... y ..., en cuanto a los comprados por Lucas, que confirmaron, que el propio pintor así lo manifestó directamente a la vista de tales obras, en la instrucción y en el juicio oral. Y respecto a las atribuidas a Ángel Jesús por declaración de su propio hijo Lázaro primero a la vista de las fotografías y luego en el juicio oral al examinar directamente las obras. Y en cuanto a todas ellas (menos una de las atribuidas a Ángel Jesús comprada por Carlos, a la que no se refiere) por el informe pericial de D. Diego (folios 305 y 306 y juicio oral).*

Consecuentemente ha existido prueba valorada por la Sala y el motivo lo que pretende es sustituir tal valoración por ser apreciación personal y subjetiva, olvidando que la presunción de inocencia no debe confundirse con la disconformidad del recurrente con la valoración de la prueba efectuada por el

Juzgador, pues como precisó la STC. 36/83 "cuando en la instancia judicial se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresivo de la culpabilidad del antes presuntamente inocente, no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción que solo lo es con el carácter de iuris tantum, queda destruida por la prueba apreciada libremente por el Juzgador.....". Ciertamente lo que ocurre en este y otros muchos supuestos llegados a la jurisdicción constitucional, no es otra cosa que la simple disconformidad de los recurrentes con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador, que en uso de la función que le atribuye el art. 741 LECrim.y en consonancia con la misión jurisdiccional atribuida por el art. 113 CE. no hace sino asumir su propia competencia, quedando esta extramuros de la propia del Tribunal Constitucional"

DUODÉCIMO. *Respecto a la afirmación de que la acusada conocía que los cuadros por ella vendidos no eran obra de los pintores Gregorio y Ángel Jesús, esta Sala ha declarado reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba de carácter indiciario, pero para ello es necesario constatar que en la resolución impugnada se cumplen una serie de requisitos formales y materiales exigibles jurisprudencialmente, como son:*

1º Desde el punto de vista formal.

a) que en la sentencia se expresen cuales son los hechos base o indicios que se estimen plenamente acreditados y que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia.

b) que la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicitación que aún cuando pueda ser sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el órgano judicial precise

cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso, pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

2º Desde el punto de vista material es necesario cumplir unos requisitos que se refieren tanto a los indicios, en si mismos, como a la deducción o inferencia.

En cuanto a los indicios es necesario:

a) que estén plenamente acreditados.

b) que sean plurales aunque excepcionalmente se admite el indicio único cuando es de una singular potencia acreditativa.

c) que sean concomitantes al hecho que se trata de probar.

d) que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuerzan entre si.

Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un "enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

Con ello se excluyen aquellos supuestos en los que:

a) la inferencia es excesivamente abierta, débil o indeterminada.

b) en el razonamiento se aprecian saltos lógicos o ausencia de necesarias premisas intermedias.

c) del razonamiento empleado se derive un amplio abanico de conclusiones alternativas.

d) se empleen en la valoración probatoria criterios contrarios a los derechos, principios o valores constitucionales.

La fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede de la interrelación y combinación de los indicios, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS de 14 de febrero y 1 de marzo del 2000 entre otras muchas), y es por ello por lo que ordinariamente el indicio único resulta insuficiente.

DECIMOTERCERO. Pues bien, la sentencia de instancia deduce el conocimiento de la acusada de la falsedad de la autoría y de la firma atribuidas a Ángel Jesús y a Gregorio en los cuadros que vendió a Lucas y a Carlos, en los siguientes indicios que convergen en tal sentido:

a) los estudios de Bellas Artes realizados por la acusada que, aunque no terminados, le proporcionaban unos conocimientos sobre pintura superiores a un ciudadano sin tales estudios.

b) la profesión de la acusada de marchante o vendedora de obras de arte desde 1975, habiendo tenido una Galería de arte hasta 1983, y una editorial de libros de arte desde 1982, lo que le otorgaba una extensa e intensa experiencia en la materia.

c) el hecho, también por ella reconocido, de haber sido organizadora de exposiciones de obras de Ángel Jesús, de su hijo Lázaro y de Gregorio.

d) el hecho, también reconocido de haber vendido obras directamente procedentes de los estudios de Ángel Jesús y de Gregorio, obras que incluso ella encargaba enmarcar.

e) el hecho, también reconocido por ella, de haber tenido relación personal directa con los pintores Gregorio y Ángel Jesús (y con el hijo de éste, Lázaro).

f) el origen oscuro, pero no comprobado de los cuadros que vendió a Lucas y a Carlos, los del

primero adquiridos de forma que no es una practica habitual, según reconoce la propia acusada (folio 135), a una tal Leonor que no ha podido ser identificada (folios 180 y 198), y los del segundo adquiridos a Mónica, que no ha podido ser interrogada por haber fallecido (folio 240), y cuyo marido Gonzalo solo puedo confirmar que Mónica vendía cuadros, pero sin poder identificar cuales o si entre ellos estaban los objeto de esta causa.

g) el hecho de que ante esas inusuales adquisiciones de segunda mano (ella misma ha reconocido que todas las obras que ha vendido a Ángel Jesús procedían directamente de su estudio, excepto los objeto de esta causa, y que de Gregorio recibió obras del propio pintor, pero no las objeto de esta causa, (folio 29), la acusada pese a tener relación personal con Ángel Jesús y su hijo con Gregorio, no les consultó, como si hicieron otros galeristas al ver alguna de las obras a que se refiere esta causa.

h) los hechos, referidos por el testigo y pintor Ernesto de que María Inés le encargara a la tienda de marcos que es titular dicho testigo y recortara una obra de Gregorio hecho extraño y que enfadó al pintor y de que le llevase a enmarcar cuadros supuestamente de Ángel Jesús en los que la pintura estaba fresca pese a que dicho pintor había fallecido un año antes.

La recurrente se limita a cuestionar la eficacia de cada uno de los indicios, -salvo los enumerados bajo las letras G y H, sobre los que no realiza consideración alguna-, pero olvida que esta Sala, por ejemplo SSTS. 1012/2003 de 11.7 y 260/2006 de 9.3, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir la recurrente se limita a analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pero sabemos que la fuerza convectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los

elementos probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en si mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

DECIMOCUARTO. *El motivo séptimo se formula, con carácter subsidiario a los anteriores, al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción de Ley, por indebida aplicación de los arts. 248 y 249 CP. por cuanto no concurren todos los elementos del tipo configuradores del delito de estafa, porque dadas las circunstancias y condiciones personales de los sujetos pasivos del delito coleccionistas de arte, habituales en la compra y venta de pinturas y perfectos conocedores de las gestiones mínimas habituales a realizar en dichas transacciones a fin de verificar la autenticidad de la obra y su valor de mercado), su falta de diligencia a la hora de comprar las pinturas originales objeto de este procesamiento, sin solicitar certificados de autenticidad, sin comprobar los catálogos y compilaciones de las obras de los artistas, sin hablar con los pintores y/o galerías de arte especializadas en sus obras, (tan numerosas en Gijón) provoca que no exista relación de idoneidad/causalidad entre el error producido por el engaño y el acto de disposición efectuado, y que por tanto dicho error no pueda calificarse como bastante.*

El motivo no puede ser estimado.

Como decíamos en las sentencias 700/2006 de 27.6, 182/2005 de 15.2 y 1491/2004 de 22.12, la estafa como elemento esencial requiere la concurrencia del engaño que debe ser suficiente, además de precedente o

concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9, 577/2002 de 8.3 y 267/2003 de 24.2) y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal, tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación", cualquiera que sea su modalidad, apariencia de verdad que le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o prestación, que de otra manera no hubiese realizado (STS. 27.1.2000), hacer creer a otro algo que no es verdad (STS. 4.2.2001).

Por ello, el engaño puede concebirse a través de las mas diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente (SSTS. 17.1.98, 26.7.2000 y 2.3.2000).

Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas, o aparente la posesión de bienes o crédito, o se vale de cualquier otro tipo de artimaña que tenga la suficiente entidad para que en la relaciones sociales o comerciales pase por persona solvente o cumplidora de sus compromisos, como estímulo para provocar el traspaso patrimonial defraudatorio.

En definitiva, el engaño debe ser antecedente, causante y bastante, entendido este último en sentido subjetivo como suficiente para viciar el consentimiento del sujeto pasivo --SSTS 11169/99 de 15.7, 1083/2002 de 11.6--, o como dice la STS. 1227/98 de 17.12, que las falsas maquinaciones "sean suficientes i idóneas para engañar a cualquier persona medianamente avisada". Engaño bastante que debe valorarse por tanto "intuitu personae", teniendo en cuenta que el sujeto engañado, puede ser mas sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual (SSTS. 1243/2000 de 11.7, 1128/2000 de 26.6, 1420/2004 de 1.12), idoneidad valorada tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de la totalidad de circunstancias del caso concreto (SS. 161/2002 de 4.2, 2202/2002 de 21.3.2003).

Efectuadas estas precisiones previas la impugnación de los recurrentes, entendiéndose aplicable el principio de autorresponsabilidad, en virtud el cual no puede acogerse a la protección penal quien no guarda esa diligencia media, de suerte que la defraudación se produce, no por el engaño en si mismo, sino por su censurable abandono y negligencia, no puede ser acogida.

Como señalábamos en la STS. 1217/2004 de 18.10 y 898/2005 de 7.7, en los delitos contra el patrimonio (estafa señaladamente) la protección penal debe limitarse a los casos en que la acción del autor ha vencido los mecanismos de defensa dispuestos por el titular del bien o del patrimonio.

Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en una plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el art. 248 CP., que ello tenga lugar mediante un engaño "bastante". Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Por ello modernamente se tiende a admitir la utilización de cierto contenido de "subjetividad"

en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa. En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente subjetivo.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar a sus justos términos el principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de

29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y

servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotegerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal -en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones- respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple solo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que solo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente -no bastante- producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa.

DECIMOQUINTO. No obstante esta doctrina no es aplicable al caso concreto.

Las obras fueron adquiridas por los perjudicados a una persona como la acusada que mantenía relaciones personales con los pintores Ángel Jesús y Gregorio y que había sido incluso Comisaria de las exposiciones del primero. El precio pagado no consta fuese un precio ínfimo y notoriamente inferior al de

mercado que permitiese a los compradores dudar de la autenticidad de los cuadros.

La pretensión de la recurrente de exigir a los compradores esos deberes adicionales de comprobación, como consultar a los propios autores o a expertos o instituciones oficiales, resulta exagerada para unos compradores de buena fe que adquieren los cuadros de una persona que actuaba de marchante, que conocía personalmente a los pintores y que con anterioridad había vendido obras auténticas de ellos y organizado exposiciones de los mismos.

DECIMOSEXTO. El motivo octavo, igualmente con carácter subsidiario referido tan solo al apartado A del relato de Hechos probados de la sentencia recurrida, se formula al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 248 y 249 CP., dado que en dichos hechos probados, en relación a la entrega por parte de Rita al Sr. Lucas de dos cuadros, no se menciona que éste, en contraprestación por dicha entrega, realizara ningún acto jurídico de carácter económico o patrimonial en perjuicio propio o de terceros, no concurriendo, por tanto el elemento esencial de la estaba consistente en un "acto de disposición patrimonial" por parte del sujeto pasivo.

El motivo no puede merecer favorable acogida.

En el relato fáctico se recoge expresamente que Rita "vendió" a Lucas, dos cuadros con motivos de sombreros, atribuidos falsamente en su autoría y firma del pintor Gregorio, y que dicha falsedad se puso de manifiesto cuando "el comprador", procedió a vender los referidos cuadros, comprobándose la falsedad por manifestación del propio pintor.

Consecuentemente se está haciendo referencia a un contrato de compraventa, lo que supone necesariamente la existencia de precio (arts. 1445 y 1450 Código Civil), caso contrario el contrato de compraventa sería inexistente, al faltarle el elemento de todo negocio jurídico que es la causa, al no haber precio, el negocio jurídico bilateral, contrato de compraventa, cuya función objetiva es la contraposición entre entrega de cosa y pago de

precio, entendida ésta en el sentido objetivo que se deriva del art. 1274 Cc. y al faltar este elemento no había llegado a existir.

A mayor abundamiento con los hechos declarados probados en la sentencia han de relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se aplica el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen un todo congruente (STS. 945/2004 de 23.7), bien entendido que las resoluciones judiciales han de ser interpretadas y consideradas en su conjunto, asumiendo el relato de hechos probados, pero completados en lo necesario por las referencias fácticas que, aunque sea indebidamente, se contengan en los razonamientos jurídicos (SSTS. 1.7.92, 24.11.94, 21.12.95, 16.7.98, 20.7.98, 15.11.2002, 15.9.2004), siempre que los aspectos esenciales en relación con la descripción típica, es decir, los elementos del tipo objetivo aparezcan en el relato fáctico (SSTS. 12.2.2003, 23.7.2003). Y en el caso que se analiza la afirmación fáctica de encontrarnos ante un contrato de compraventa, se ve complementado en los fundamentos jurídicos cuarto y sexto, en los que se especifica que fueron 400.000 ptas. la cantidad percibida por la acusada de Lucas.

DECIMOSÉPTIMO. El motivo noveno, con carácter subsidiario a los anteriores, se formula al amparo del art. 849.1 LECrim., por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 250.1.6 CP., dado que de los tres factores que se contienen en dicho precepto para configurar la agravante específica, entidad del perjuicio, situación económica en que se deje a la víctima o su familia, y valor de lo defraudado, solo concurriría éste último, pero se trataría de una cantidad, 15.600 E. correspondientes al valor de los dos cuadros adquiridos por Carlos, que se encuentra muy próxima al límite de 12.000 E. establecidos jurisprudencialmente, cuyo límite no es un valor objetivo sino orientativo y relativo, que habrá de ponderarse

en relación con los indicados económicos que establecen la capacidad adquisitiva del dinero y en atención a las circunstancias, valorando al efecto los factores objetivos y subjetivos concurrentes en cada caso.

El motivo debe ser estimado aunque es necesario efectuar alguna precisión a la argumentación del recurrente.

El vigente Código en dicho precepto contempla la aplicación del subtipo de especial gravedad, que se contemplaba en el antiguo art. 529.7 CP. 1973, desapareciendo la posibilidad de la apreciación como muy cualificada, y articulando la antigua agravante que era de naturaleza estrictamente objetiva, introduciendo ahora, de alguna manera, elementos subjetivos, sobre la referencia a tres parámetros: a) valor de la defraudación, b) entidad del perjuicio y c) situación económica de la víctima.

En realidad -como decíamos en la S. 635/2006 de 14.6- se trata, por tanto de dos agravaciones: una de naturaleza totalmente objetiva que tiene por referencia el importe apropiado --especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio, pues vienen a ser equivalente--, y otro de naturaleza subjetiva que tiene en cuenta "la situación económica en que deje a la víctima o a su familia", conceptos similares a los que se encuentran en los números 3 y 4 del art. 235, "valor de los efectos sustraídos" o " los perjuicios de especial consideración, y de otra la grave situación en que se ponga a la víctima o a su familia", si bien en este caso la previsión de resultados en distintos apartados, unidos además con la disyuntiva "o", lo que obliga a entender que basta la producción de uno de estos resultados para que surja el tipo agravado de hurto, no siendo, en principio, tan diáfana la lectura del art. 250.1.6, en que los resultados están unidos por la copulativa "y".

Pero aunque sea manifiesta la diferencia entre la forma gramatical con que ha sido legalmente expresado el tipo agravado del hurto y el de la estafa, las SSTS. 173/2000, 2381/2001, 696/2002 y 180/2004, consideran lógico entender que el segundo debe ser interpretado a la luz del primero.

En primer lugar, porque no es fácil imaginar las razones que haya podido tener el legislador para dar un distinto tratamiento punitivo, desde la misma perspectiva, a uno y otro delito.

En segundo lugar, porque el diverso tratamiento privilegiaría a los culpables de delitos, como la estafa o la apropiación indebida, que en sus tipos básicos están castigados con mayor severidad que el tipo correspondiente de hurto.

En tercer lugar, porque el núm. 6º del art. 250 del Código Penal de 1995 parece ser una refundición puramente estilística de los núms. 5º y 7º del art. 529 CP 1973, con independencia de que, como ya hemos dicho, el "valor de la defraudación" y la "entidad del perjuicio" no son sino anverso y reverso de la misma realidad.

Y por último, porque la interpretación según la cual es suficiente para la apreciación del tipo agravado la producción de uno solo de los resultados indicados en el art. 250.1.6º del Código Penal, parece la más congruente con el segundo inciso del art. 249 en que, para la fijación de la pena en el delito de estafa se han de tener en cuenta una pluralidad de circunstancias -entre las que se encuentran "el importe de lo defraudado" y "el quebranto económico causado al perjudicado"-que se expresan como independientes unas de otras".

DÉCIMO OCTAVO. *Efectuada esta motivación previa, en relación al criterio del valor de la defraudación o entidad del perjuicio, la jurisprudencia de esta Sala al interpretar la actual agravación se guió en un primer momento por el criterio cuantitativo sostenido en relación al CP. 1973 para el subtipo agravado de la estafa del art. 529.7, 2.000.000 ptas. para el tipo agravado, y 6.000.000 para la estimación del tipo muy cualificado -acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 16.4.91-, aplicando la primera cantidad y en tal sentido se pueden citar las SS. 12.2.2000, 22.2.2001, 2.3.2001, 14.2.2002, pero no de una manera uniforme, porque también se contabilizan otras que llegan a las 4.000.000 ptas. como cifra a partir de la que sería operativa la agravante actualmente, y en tal sentido se pueden citar las de 21.3.2000, 15.6.2001 y auto 6.5.2004.*

Sin embargo en este momento se puede decir que se está consolidando el criterio de operar con la cifra de 6.000.000 ptas. -36.060,73 E- como a partir de la cual se aplicaría la agravante de especial gravedad a que se refiere el art. 250.1.6.

Valga de ejemplo por todas, la STS. 33/2004 de 27.1, en la que claramente establece a este respecto:" repetimos nos hallamos ante una sola agravación específica definida por revestir el hecho "especial gravedad" y para conocer si en el caso existe "tal especial gravedad", el Legislador nos impone tres criterios, (en realidad son dos como acabamos de decir).

Desde luego si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de "especial gravedad". Una referencia para determinar esta cantidad podía ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que vinimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el nº 7º del art. 529 CP 1973 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26.4.91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple (Ss. de 16.9.91, 25.3.92 y 23.12.92).

Abona el criterio el propio tiempo transcurrido desde el Pleno no Jurisdiccional antes comentado -1991--, y por evidentes razones en relación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, ocurrido en los últimos quince años lo que debe tener su efecto en el principio de proporcionalidad de la pena (STS. 356/2005 de 21.3). Son exponentes de este criterio las SSTS. 8.2.2002, 5.12.2002, 12.2.2003, y las muy recientes de 1169/2006 de 30.11, 634/2006 de 14.6, y 681/2005 de 1.6 que precisa que "cualquier cantidad superior a 6.000.000 ptas. obliga a la aplicación de la agravante de especial gravedad.

En la medida que en el caso enjuiciado en ninguna de las estafas se superó esta cifra, hay que estimar indebidamente aplicado el subtipo de especial gravedad con la consecuencia de calificar los hechos como un delito continuado de estafa del tipo básico de los arts. 248 y 249 CP.

DÉCIMO NOVENO. *El motivo décimo al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de Ley por indebida aplicación de los arts. 74 y 66 CP. en su redacción originaria antes de la reforma LO. 11/2003, dado que atendiendo al perjuicio tanto objetivo como subjetivo causado y a la doctrina jurisprudencial establecida en relación al art. 74 CP. la pena impuesta a la recurrente resulta desproporcionada e indebidamente individualizada.*

Ciertamente es doctrina de esta Sala iniciada en las SSTS. 23.12.98, 17.3.99, 11.10.99, en virtud de la cual, habida cuenta de la configuración actual del art. 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delitos en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general, se prevé en el apartado 1º, consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior.

Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en "infracciones contra el patrimonio", norma que desplaza a la general del párrafo 1º, si bien solo en cuanto a la determinación de la pena. Es decir, en estos casos de delitos continuados, sino que ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2, que tiene un doble contenido:

1º. Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos o faltas contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura de delito continuado.

2º. La posibilidad, para los casos de delito masa (hecho de notoria gravedad y habiéndose perjudicado a una generalidad de personas), de imponer motivadamente la pena superior en uno o dos grados.

Esta jurisprudencia ha sido originada ante la necesidad de acomodar la pena a la menor o mayor gravedad del delito, pues no parece adecuado castigar con mayores penas (la mitad superior) un delito continuado cuya suma total sea de pequeña cuantía, cuando, por el hecho de no ser continuado, en delitos de cuantías más graves es posible la imposición de la pena en la mitad inferior.

A las sentencias antes citadas, en la misma línea, podemos añadir aquí las siguientes: STS. 28.7.99, 11.10.99, 9.5.2000, 19.6.2000, 7.5.2002 y 7.6.2002, entre otras muchas que llegan hasta la sentencia de 8.5.2006, que precisa: que si bien la regla 2 del art. 74 CP. es autónoma e independiente de la regla 1ª que exige necesariamente la imposición de la pena en la mitad superior, tampoco lo proscribiera, razón por la cual considera que no se vulnera la proporcionalidad de la pena cuando ésta se estima en dicha mitad superior, dado que la valoración de la cuantía junto con la reiteración de la conducta, así como las demás circunstancias de los hechos, deben valorarse adecuadamente por el Tribunal de instancia en el momento de individualizar la pena en cada caso, con la finalidad de ajustar a cada conducta, considerada en su globalidad el reproche que merece (STS. 23.5.2003).

Como dijimos en la STS. 9.2.99, la motivación de la individualización de la pena requiere desde el punto de vista general, que el Tribunal determine en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco penal establecido en la Ley para el delito. El control en casación de la corrección de la pena aplicada se contrae a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata, en particular de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta circunstancias que le permiten establecer la gravedad de la culpabilidad y en su caso, las que sugieran, las que sugieran una renuncia al agotamiento de la pena adecuada a la misma por razones preventivas. El control del Tribunal Supremo no se extenderá sin embargo a la

traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.

En el caso presente, la sentencia de instancia impuso la pena de 3 años y 6 meses de prisión y multa de 9 meses a razón de 12 E día, que es el límite máximo de la mitad inferior de la pena correspondiente al subtipo agravado del art. 250.1.6, castigado con pena de 1 a 6 años prisión y multa de 6 a 12 meses, por lo que no aplicó el art. 74.1 CP., pena que motiva teniendo en cuenta la circunstancia personal de la acusada de ser marchante de arte (que si bien no llega a constituir un subtipo agravado, se tiñe su conducta de una mayor reprochabilidad), la reiteración o continuidad delictiva (más reprobable que el hecho aislado) y el importe total de lo defraudado (2.600.000 ptas. a Carlos, más otras 400.000 ptas. que, según la propia acusada, le pagó Lucas).

Esta motivación contenía los elementos mínimos suficientes para verificar en este trance casacional que los Jueces de instancia no obraron caprichosamente al establecer la respuesta punitiva a la acción delictiva, sin perjuicio, claro esta, de que la estimación del motivo noveno, al suprimir la concurrencia del referido subtipo agravado y el movernos ya en el marco punitivo de 6 meses a 3 años prisión, aplicando retroactivamente la reforma penológica de la LO. 15/2003, dado su carácter beneficioso para el reo (art. 2.2 CP), sea necesario, en la segunda sentencia que se dicte por esta Sala, revisar esa individualización de la pena.

RECURSO ACUSACIONES PARTICULARES de Lázaro y de José Antonio.

VIGÉSIMO. *El motivo único por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 LECrim., en concreto por la inaplicación de los arts. 270, 271 y 272 CP. por entender que la acusada que es marchante e intermediaria en obras de arte, vendió las obras a sabiendas de su falsedad, esto es, que no eran obras pictóricas realizadas por Ángel Jesús y Gregorio, aún cuando ella misma u otra persona hubiera estampado en dichas obras las firmas de dichos autores, obras con la temática*

habitualmente utilizada por éstos, está realizando la acción típica del art. 270 CP.

Con carácter previo debemos analizar la objeción opuesta por la representación de la acusada Rita al impugnar el recurso en relación al formulado por la representación del Sr. Lázaro por faltar el presupuesto de procedibilidad que se recoge en el art. 287 CP. (en su redacción vigente en el momento de los hechos y anterior a la reforma LO. 15/03 de 25.11) al ser precisa la denuncia de la persona agraviada salvo -y no es el caso- que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, y no existir denuncia expresa alguna del pintor Ángel Jesús o de los herederos y/o titulares de sus derechos de autor.

Con independencia de que tras la entrada en vigor el 1.10.2004 de la LO. 15/2003 de 25.11 ha desaparecido el requisito de perseguibilidad a instancia del agravado o su representante legal, con lo que estos delitos pueden perseguirse de oficio, así resulta de la nueva redacción del art. 287.1 CP. con arreglo al cual "para proceder por los delitos previstos en la Sección 3ª de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrán denunciar el Ministerio Fiscal. Como la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código, se trata de los delitos relativos al mercado y a los consumidores y las Secciones 1ª y 2ª de las que son contra la propiedad intelectual e industrial, es claro que con la nueva normativa solamente será necesaria la denuncia para el inicio del procedimiento cuando se trate de la persecución de los delitos contra el mercado y los consumidores, pero no para la investigación y castigo de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, no podemos olvidar que el incumplimiento de la condición de procedibilidad establecida en el art. 287.1 CP. no determina la atipicidad de los hechos denunciados, ni supone que éstos no sean constitutivos de infracción penal, ya que las condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, como la del art. 287.1, no condicionan la existencia del delito sino su persecución procesal, es decir la apertura de

procedimiento penal, por lo que, aunque la condición de procedibilidad falte, el delito, de existir, subsiste hasta la prescripción y hasta tal momento puede ser perseguido tan pronto se cumple la atendida condición.

Si como hemos dicho la necesidad de denuncia previa para la perseguibilidad de los delitos referidos es una condición objetiva de la propia infracción y un presupuesto para la viabilidad del mismo proceso en que ello tiene lugar, la legitimación implica la determinación a quien la Ley confiere el poder de disposición mediante el cual, en estos casos, el procedimiento penal se posibilita como el acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para proceder, si bien una vez presentada la denuncia corresponde el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal sin perjuicio de que el denunciante se constituya en forma en parte, y formule también su pretensión punitiva, es lo que se denomina por la doctrina de "traspaso de persecución" y situación de interviniente adhesivo.

En cualquier caso, se ha venido entendiendo que la falta del requisito de perseguibilidad es subsanable a lo largo del procedimiento y cabe remarcar que el criterio jurisprudencial acerca del nivel de exigencia con arreglo al cual puede tenerse por cumplido el requisito de denuncia es notablemente amplio y susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Así la STS. 19.4.2000 dice: En exigencia de este requisito la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido, esto es, la persecución en la causa de las personas que pueden activar el proceso penal supone la voluntad de perseguir un hecho delictivo que afecta al perjudicado o a su representado. (SSTS 10.2.93, 19.10.94, 7.3.96).

En consecuencia con lo anterior no es posible desconocer la reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional, en relación con la posibilidad de subsanación de defectos procesales, que considera, desde la perspectiva constitucional que los requisitos procesales no tienen sustantividad propia, sino que constituyen medios orientados a conseguir

ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías, cuya valoración corresponde a los órganos judiciales, no pueden, sin embargo, ser convertidas en meros obstáculos formales impeditivos de una respuesta judicial o de la continuación del proceso. Por ello resulta obligada una interpretación presidida por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido, y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, perspectiva que favorece, por tanto la subsanación del defecto siempre que sea posible ya que si bien del art. 24 CE. no cabe deducir la imposición de un trámite de este tipo, si impide este precepto la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse sin perjuicio para otros derechos o intereses.

En el caso presente, el procedimiento se inició por denuncia interpuesta por Gregorio, persona legitimada a efectos del art. 287.1 CP., con lo que el requisito de procedibilidad quedó cumplido y estando ya el procedimiento en curso, se personó en las actuaciones D. Lázaro quien fue tenido por parte como acusador particular. La defensa de la acusada no denunció irregularidad alguna en tal sentido ni durante la instrucción de la causa y ni siquiera al inicio del juicio oral en el trámite del art. 786.2 LECrim.

En consecuencia el defecto denunciado por la acusada producido en la fase inicial del procedimiento, es de carácter subsanable y lo ha sido por la personación posterior en la causa y no ha producido indefensión alguna a la defensa por cuanto no ha impedido, limitado u obstaculizado la misma a lo largo del procedimiento.

En base a lo anterior no resulta atendible la impugnación planteada.

VIGÉSIMO PRIMERO. *Analizando, por consiguiente, el recurso interpuesto, parte el mismo de unas premisas: "que las obras vendidas o bien son reproducciones o bien plagios de obras auténticas" que no se desprende del relato fáctico.*

Siendo así el recurso no puede ser estimado.

En efecto por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial. Se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio.

Las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarlas de los artillos y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino mas bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo ello, el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales (STS. Sala 1ª de 28.1.95).

A falta de otro criterio, la jurisprudencia ha operado atendiendo a las circunstancias concretas del caso para calificar la conducta como punible o no, teniendo muy en cuenta que no puede darse una indiferenciada criminalización de toda conducta antijurídica desentendida del debido respeto a los derechos inmateriales, quedando reservada la atracción a la órbita penal para aquellos comportamientos más graves por su entidad objetiva y subjetiva. Si este modo de entender la función del Derecho Penal en la tutela de los derechos del autor es referible a todas las conductas relacionadas por el legislador, su importancia es máxima en el tema que nos ocupa en ausencia de otros parámetros mas definidos.

Es cierto que un sector minoritario de la doctrina y la circular de la Fiscalía General del Estado 2/89 de 20.4, en relación con la

connotación de esta interpretación del tipo básico del antiguo art. 534 a) del CP. derogado con la agravante de usurpar la condición de autor, mantuvo la opinión de que la usurpación no sería un "plus" sino un "alter" respecto al plagio, y al castigar la usurpación se conminaba en realidad la conducta antisimétrica del plagio: "atribuir a su autor una obra que no es de su creación con el fin doloso de aprovecharse de su fama y mérito intelectual", es decir, estaríamos ante una obra original cuya autoría se adjudica a alguien ajeno a su realización pero con su "buen nombre" puede prestigiar el producto, por eso se hable de "implantación" de la personalidad del creador.

Esta interpretación no parece aceptable, pues si hablamos de protección de los derechos que genera la creación intelectual, es de proteger ésta frente a intromisiones de extraños. Por tanto si la obra es original, su atribución a un autor falso sólo puede despertar en éste la indignación y procurar que se respete su "buen nombre", que bien pudiera quedar en entredicho al aparecer ante la opinión pública como creador de una obra de escaso relieve artístico. Ellos nos conduciría directamente al terreno de la lesión del derecho a la propia imagen y nos alejaría totalmente de la inobservancia de los derechos de autor.

En el plano penal, estas conductas podrían revestir los caracteres de un delito de falsedad o de estafa.

La polémica ha quedado en buena medida superada en el nuevo Código Penal al desaparecer en su integridad el subtipo agravado correspondiente al art. 534 bis b) 1º, castigándose en el tipo básico, art. 270, el plagio total o parcial en todo caso debe seguir manteniéndose el criterio restrictivo en cuanto a la relevancia penal de estas conductas, y no calificarse como constitutiva del delito contra la propiedad intelectual, la puesta en circulación de obras artísticas que son originales pero que falsamente se atribuyen a los pintores antes citados, amparándose para esta conducta en la existencia de su firma y en el uso de determinados elementos habituales en estos pintores, por cuanto estos elementos no pueden considerarse exclusivos de estos

artistas, y además se insiste, aunque es reprobable, atribuir a un artista algo que no ha sido creado por él, esta conducta no integra "per se" la figura del delito del art. 270 que lo único que sanciona es la "reproducción", "plagio", distribución de obras artísticas "originales", sin la autorización de sus titulares; es decir que debe partirse en todos los casos de la preexistencia de una obra porque no puede reproducirse, plagiarse o distribuirse algo que no existe.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Estimándose parcialmente el recurso interpuesto por la acusada Rita, se declaran de oficio las costas causadas por dicho recurso, y desestimándose el planteado por las acusaciones particulares de Lázaro y Jose Antonio se les condena a las costas de su recurso (art. 901 LECrim.).

III FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de Rita, con estimación del motivo noveno por infracción de Ley, y desestimación de los restantes por infracción de preceptos constitucionales y error en la apreciación de la prueba, contra sentencia de 3 de marzo de 2006, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Octava, en causa seguida contra la misma por delito de estafa y contra la propiedad intelectual, y en su virtud casamos y anulamos dicha resolución, con declaración de oficio de las costas del recurso, dictando a continuación nueva sentencia más acorde a derecho.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación particular de los acusadores particulares Lázaro Y José Antonio, contra la referida sentencia, condenándoles al pago de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andrés Martínez Arrieta D. José Ramón Soriano Soriano D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón, y fallada posteriormente por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, y que fue seguida por delito de estafa y contra la propiedad intelectual, contra Rita, nacida en Barcelona, el día 22 de noviembre de 1949, hija de Fernando y de Manuel, de estado civil divorciada, de profesión vendedora de cuadros, con DNI. ..., sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, durante la que estuvo privada desde el 13 de junio de 2000, cuya solvencia no consta.; se ha dictado sentencia que ha sido CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy, por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, hace constar los siguientes:

I

ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Conforme a lo argumentado en los Fundamentos de Derecho 17 y 18 de la sentencia precedente, no concurre el subtipo agravado del art. 250.1.6º, integrando los hechos probados un delito continuado de la figura básica de los arts. 248 y 249 CP.

SEGUNDO. En la necesaria individualización de la pena, esta Sala asume los razonamientos de la sentencia de instancia contenidos en su Fundamento Jurídico 6º, que aplicados al marco penológico que nos movemos, art. 299 CP. 6 meses a tres años prisión, determinar una pena de 1 año, y 9 meses prisión, límite superior a la mitad inferior, suprimiéndose la pena de multa.

III

FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia de 3 de febrero de 2006, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Asturias, debemos condenar y condenamos a Rita como autora responsable de un delito de estafa ya definido a la pena de 1 año y 9 meses prisión.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andrés Martínez Arrieta D. José Ramón Soriano Soriano D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.