



Roj: **STS 4650/2023 - ECLI:ES:TS:2023:4650**

Id Cendoj: **28079120012023100797**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/11/2023**

Nº de Recurso: **7198/2021**

Nº de Resolución: **838/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **CARMEN LAMELA DIAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 1817/2021,**
STS 4650/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 838/2023

Fecha de sentencia: 16/11/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7198/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2023

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: Agg

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7198/2021

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 838/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 16 de noviembre de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 7198/2021 interpuesto, por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por D. Luis y D. Marcial, quienes actúan conjuntamente representados por la procuradora D.^a Beatriz Verdasco Cerdíel y bajo la dirección letrada de D.^a María Aragón Castiella, contra la sentencia núm. 155/2021 de 4 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el Rollo de Apelación núm. 1104/2021, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia núm. 350/2021 de 13 de julio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de San Sebastián, en el Procedimiento Abreviado núm. 147/2020, dimanante de las Diligencias Previas núm. 1669/2019 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de San Sebastián, que les condenó como autores de un delito de estafa del art. 248.2 en relación con el 249 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, absolviendo a D. Onesimo del delito del que venía acusado. Es parte el **Ministerio Fiscal**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de San Sebastián incoó Diligencias Previas con el núm. 1669/2019, por el delito de estafa contra D. Luis, y contra D. Marcial y D. Onesimo, y una vez concluso, lo remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal núm. 5 de San Sebastián que dictó, en el Procedimiento Abreviado núm. 147/2020, sentencia el 13 de julio de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"En fecha 1 de julio de 2019, sobre las 18:15 horas, don Marcial y Luis acudieron al salón de juegos As de Picas sito en la calle Txotxoko número uno de la localidad de Astigarraga, de modo que una vez allí don Luis trató de mover la cámara de vídeo vigilancia que apuntaba a una de sus ruletas electrónicas, sin conseguirlo, dirigiéndose ambos a continuación a la citada máquina, procediendo cada uno a realizar 4 apuestas en la misma (uno de ellos en el módulo/puesto 2 y el otro en el módulo/puesto 3), en un margen temporal de unos pocos minutos, de modo que cuando la ruleta dejaba de girar, con ocasión de esas apuestas, don Luis zarandó la máquina para conseguir que la bola se moviese al color apostado por ambos, y ello con el propósito conjunto de lucro derivado de la pretensión de obtener el importe del premio de forma indebida.

La cantidad que ha quedado acreditada que consiguieron obtener asciende al importe de 417 €, logrados a costa de la mercantil Comercial Txartel S.L., titular del establecimiento.

Onesimo estaba en el salón de juegos aquel día."

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"1.- Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a Marcial y Luis, como autores de un delito de estafa del artículo 248.2 en relación con el 249 del Código Penal, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena para cada uno de ellos de 6 meses prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

2.- Que debo **ABSOLVER Y ABSUELVO** a Onesimo de su participación en el delito de estafa por el que se le enjuiciaba en la presente causa.

3.- En concepto de responsabilidad civil don Marcial y Luis deberán de indemnizar conjunta y solidariamente a la mercantil Comercial Txartel S.L. en la cantidad de 417 € más intereses del artículo 576 LEC.

Se impone un tercio de las costas para cada uno de los dos condenados, declarando el tercio restante de oficio."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados D. Luis y D. Marcial dictándose sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en fecha 4 de noviembre de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 1104/2021, cuyo **Fallo** es el siguiente:

"Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de Marcial y Luis contra la sentencia de fecha 13 de julio del 2021, dictada por el Ilmo Magistrado- Juez que sirve el Juzgado de lo Penal nº 5 de DonostiaSan Sebastián, que confirmamos en su integridad, con declaración de oficio de las costas de esta apelación."

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, por la representación procesal de los acusados, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



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

Primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 248.2 del Código Penal.

Segundo.- Al amparo del art. 852 de la LECrim en relación con el art. 5.4 de la LOPJ por vulneración del art. 24 de la Constitución Española.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal interesa que se acuerde no haber lugar a la admisión del recurso por carecer de interés casacional; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 15 de noviembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal núm. 5 de San Sebastián dictó sentencia núm. 350/2021, de 13 de julio, por la que condenó a D. Marcial y a D. Luis, como autores de un delito de estafa, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena para cada uno de ellos de 6 meses prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago, cada uno de ellos, de un tercio de las costas procesales.

Por vía de responsabilidad civil fueron condenados a indemnizar conjunta y solidariamente a la mercantil Comercial Txartel S.L. en la cantidad de 417 euros más intereses del art. 576 LEC.

En la misma sentencia resultó absuelto D. Onesimo de su participación en el delito de estafa.

La citada sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de D. Marcial y D. Luis, dictándose por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa sentencia núm. 155/2021, de 4 de noviembre, en el Rollo de Sala núm. 1104/2021, que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo penal núm. 5 de San Sebastián, declarando de oficio las costas procesales.

Contra esta última sentencia recurren ahora en casación D. Marcial y D. Luis.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso se formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 248.2 CP.

Señalan que los hechos probados no pueden tener encaje en el delito de estafa del art. 248.2 CP porque la acción de D. Luis ("zarandeo de la máquina para conseguir que la bola se moviese al color apostado por ambos") no constituye manipulación informática o artificio semejante.

Consideran que el "zarandeo" de una ruleta no puede equivaler al "artificio semejante" que debe serlo con relación a "manipulación informática". A su juicio, la cualidad "informática" es elemento del tipo, y zarandear una ruleta no es, ni manipulación informática ni artificio semejante. No utilizaron ningún mecanismo de ocultación, alteración o manipulación. Se limitaron a zarandear la ruleta a la vista de cualquiera que pasara por ahí.

Añaden que realizaron un total de ochenta y seis apuestas de las que solo cuatro son objeto de condena, lo que debió hacer dudar de esa manipulación como artificio idóneo para el resultado fraudulento, puesto que ese resultado (esa desviación de perjuicio patrimonial) se produjo en cualquier caso en otras ochenta y dos ocasiones sin zarandeo ninguno.

Junto a este primer motivo se formula un segundo motivo al amparo del art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ, por vulneración del art. 24 CE.

Indican que el Juez de lo Penal reconoce la imposibilidad de determinar el importe exacto de lo defraudado, lo que a su juicio debía haber llevado a su absolución, discrepando los recurrentes de la conclusión finalmente alcanzada por dicho órgano judicial en el sentido de que la cantidad defraudada supera los cuatrocientos euros. Estiman por ello que, habiendo reconocido la imposibilidad de determinar el importe exacto de lo defraudado, fijar dicho importe en cuantía superior a los cuatrocientos euros vulnera su derecho a la presunción de inocencia o el principio in dubio pro reo.

TERCERO.- 1. Como se ha expresado en el fundamento anterior, la sentencia objeto del presente recurso resolvió el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de San Sebastián.

Conforme señala el art. 847.1.b) LECrim, procede recurso de casación: "Por infracción de ley del motivo previsto en el núm. 1º del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional". Y según dispone el art. 884.3º, el recurso será inadmisibile: "Cuando



no se respeten los hechos que la sentencia declare probados o se hagan alegaciones jurídicas en notoria contradicción o incongruencia con aquéllos, salvo lo dispuesto en el número 2º del artículo 849".

Esta Sala, en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 9 de junio de 2016, interpretando el art. 847.1, letra b) LECrim, estableció el ámbito de este recurso en los siguientes términos:

a) El art. 847 1º letra b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849. 2º, 850, 851 y 852.

b) Los recursos articulados por el artículo 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

e) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

2. Conforme a lo expresado en el anterior apartado, el segundo motivo no debería haber sido admitido, porque a través del mismo se invoca la infracción de un precepto constitucional.

Procederemos por ello a resolver únicamente las alegaciones realizadas en el desarrollo del primer motivo en el ámbito estricto de la infracción de ley del art. 849.1 LECrim, al poder ser la resolución dictada por la Audiencia contraria a la doctrina de esta Sala y existir doctrina contradictoria de las Audiencias. En todo caso, la pretensión deducida a través de este motivo está condicionada a aceptar y asumir los hechos declarados probados en todo su contenido, orden y significación (art. 884.3 LECrim).

CUARTO.- 1. Son varios los pronunciamientos de esta Sala sobre el alcance del delito de estafa informática contemplado en el art. 248.2 a) CP.

Efectivamente, en la sentencia núm. 622/2013, de 9 de julio, citada por el Ministerio Fiscal, señalábamos que "el apartado a) del artículo 248.2 constituye una especie de defraudación:

1º.- No constituye una estafa de las genéricas tipificadas en el mismo artículo 248 en su apartado 1, ya que se prescinde del engaño y correlativo error en una persona y el consiguiente acto de disposición patrimonial. El procedimiento para atacar el patrimonio ajeno no pasa por una actuación engañosa desplegada por el autor ante otra persona a la que provoca error llevando a ésta a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de tercero.

2º.- Lo relevante es que la defraudación se cometa por un medio específico que sustituye el engaño de una persona determinada: la manipulación informática o artificio semejante.

3º.- El componente objetivo del tipo se constituye, además, por el resultado que consistirá en la consecución de una transferencia caracterizada por: a) no ser consentida por la persona con facultades para ello; b) porque su objeto ha de ser un activo patrimonial, susceptible de ser "transferido" y c) ocasionar un perjuicio a persona distinta del autor del delito.

4º.- Además de que el autor debe actuar conociendo que concurren esos elementos del tipo y con voluntad de llevar a cabo la transferencia, la antijuridicidad se acota por la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo que es el ánimo de lucro".

Como exponíamos en la sentencia núm. 369/2007, de 9 de mayo, con referencia a las sentencias núm. 1476/2004, de 21 de febrero, 185/2006, de 24 de febrero, 692/2006, de 26 de junio "lo relevante es que la



máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos (...)

Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco. (...)

Dicho tipo penal (art. 248.2 CP) tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, "sin error..." (...).

Más recientemente, explicábamos en la sentencia núm. 2606/2019, de 23 de julio, con cita de la sentencia núm. 509/2018, de 26 de octubre, que "la actual redacción del art. 248.2 del Código penal permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia. Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación, y el engaño propio de la relación personal, es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos. Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 del Código Penal. También cuando se emplea un artificio semejante. Una de las acepciones del término artificio hace que este signifique artimaña, doblez, enredo o truco".

Así pues, a diferencia de cierto sector doctrinal, esta Sala viene admitiendo que, no únicamente aquellas manipulaciones de carácter informático, sino también las manipulaciones mecánicas realizadas sobre dispositivos electrónicos, han de considerarse como "artificio semejante", a los efectos previstos en el art. 248.2 a) CP.

La literalidad del precepto ampara esta interpretación. El citado artículo señala que: "También se consideran reos de estafa: a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro".

De esta forma, es evidente que cualquier maniobra fraudulenta de carácter informático queda incluida dentro de la primera modalidad comisiva "manipulación informática", lo que haría innecesario la utilización de la expresión "artificio semejante" que quedaría vacía de contenido, si se exigiera que éste tuviera que ser de carácter informático. Por ello, esta última expresión ha de referirse a cualquier otra conducta realizada sobre el sistema que dé lugar al resultado que el propio delito trata de impedir, esto es, la producción de una transferencia no consentida de activos patrimoniales. De esta forma la semejanza a que se refiere el precepto radica en la manipulación del sistema, no en el carácter informático de la manipulación.

Esta interpretación tiene cabida en la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre "la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo", de fecha 28 de Mayo de 2001, en cuyo art. 3 emplaza a los Estados miembros a adoptar "las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada:

- *realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario que cause una pérdida no autorizada de propiedad a otra persona, con el ánimo de procurar un beneficio económico no autorizado a la persona que comete el delito o a terceros, mediante:*
- *la introducción, alteración, borrado o supresión indebidos de datos informáticos, especialmente datos de identidad, o*
- *la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos".*



2. En nuestro caso, el hecho probado describe cómo los acusados se dirigieron a una ruleta electrónica, "procediendo cada uno a realizar 4 apuestas en la misma (uno de ellos en el módulo/puesto 2 y el otro en el módulo/puesto 3), en un margen temporal de unos pocos minutos, de modo que cuando la ruleta dejaba de girar, con ocasión de esas apuestas, don Luis zarandeo la máquina para conseguir que la bola se moviese al color apostado por ambos, y ello con el propósito conjunto de lucro derivado de la pretensión de obtener el importe del premio de forma indebida.

La cantidad que ha quedado acreditada que consiguieron obtener asciende al importe de 417 €, logrados a costa de la mercantil Comercial Txartel S.L., titular del establecimiento"

Se describe así la actuación de los acusados frente a la ruleta electrónica, zarandeando la máquina y consiguiendo con ello la alteración de su normal funcionamiento, haciendo que la bola cayera en el color que proporcionaba premio. Con ello obtuvieron la transferencia no consentida de un activo patrimonial.

Tal actuación, absolutamente burda pero totalmente eficaz, como indica el Juez de lo Penal, de acuerdo con la doctrina de esta Sala expuesta en el anterior apartado, se encuentra incluida en el concepto de "artificio semejante", e integra sin lugar a dudas la conducta descrita en el art. 248.2 a) CP por el que los recurrentes han resultado condenados.

Consecuentemente con ello, el motivo se desestima.

QUINTO.- Conforme a las previsiones del art. 901 LECrim, procede imponer a D. Marcial y a D. Luis las costas de su recurso.

FALLO

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

1º) **Desestimar** el recurso de casación interpuesto por D. Luis y D. Marcial, contra la sentencia núm. 155/2021, de 4 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa en el Rollo de Apelación núm. 1104/2021, en la causa seguida por delito de estafa.

2º) **Imponer** a dichos recurrentes el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

3º) **Comunicar** esta resolución a la mencionada Audiencia, a los efectos legales, con devolución de la causa, interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.