

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 833/2016, de 3 de noviembre de 2016

Sala de lo Penal

Rec. n.º 325/2016

SUMARIO:

Estafa continuada: penalidad y compatibilidad con supuestos agravados. Engaño bastante. Las sucesivas acciones de engaño emprendidas por el acusado se integraron en un mismo plan delictivo (conseguir entregas no justificadas de elevadas cantidades de dinero abusando de su ignorancia y credulidad). Estas acciones sucesivas, que determinaron las correspondientes entregas de efectivo, constituyen un supuesto de delito continuado al que, dada su naturaleza patrimonial, sería de aplicar el art. 74.1 CP. Sin embargo en la sentencia recurrida se dijo que, la aplicación conjunta en este caso del art. 74.1 y del apartado 5º del art. 251.1 CP no resulta posible, y constituiría una infracción del principio de prohibición de doble valoración, pero no es correcto ya que margina un dato muy significativo que hace variar la solución: uno de los actos de disposición integrados en la continuidad delictiva colmaba por sí solo las exigencias del art. 250.1.5 CP pues la defraudación rebasaba el dintel de los cincuenta mil euros. Si se llega a la aplicación del art. 250.1.5 no es solo a base de sumar las distintas cantidades defraudadas; es decir, por virtud de la regla de subsunción del art. 74.1 (total perjuicio). Una de las infracciones agrupadas en la continuidad ya integraba ese subtipo. No hay riesgo de bis in idem si además de eso se valora que estamos ante una pluralidad de acciones lo que determina una mayor gravedad y justifica las previsiones penológicas del art. 74.1 CP; es decir, es imperativa la imposición de la mitad superior (aplicando el art. 74.1), cuando una de las defraudaciones agrupadas en un único delito continuado (250.1.5º) supera los 50.000 euros. La necesidad de que el engaño sea bastante no puede dilucidarse al margen de las condiciones personales concretas de la víctima. Hay engaño bastante con ocasión de prácticas de esoterismo cuando la víctima participa de esas creencias ya antes de contactar con el sujeto activo.

PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), arts. 74, 250.1. 4º y 5º y 251.1.
Constitución española, art. 24.
Ley de Enjuiciamiento criminal, arts. 885 y 893.

PONENTE:

Don Antonio del Moral García.

Magistrados:

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON
Don JOAQUIN GIMENEZ GARCIA
Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR
Don PABLO LLARENA CONDE



www.civil-mercantil.com

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 325/2016 interpuesto por el MINISTERIO FISCAL y Justiniano representado por el Procurador Sr. Rodríguez Díez, contra sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife y recaído en la causa PA nº 73/2015, procedente del Juzgado de Instrucción nº Cinco de Santa Cruz de Tenerife, que condenó a Justiniano como autor responsable de un delito de estafa. Ha sido parte recurrida Rita representada por el procurador Sr. Ruiperez Palomino y bajo la dirección letrada de D. Sergio Luis Rodríguez Martínez.

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

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Cinco de los de Santa Cruz de Tenerife instruyó procedimiento Abreviado con el número 73/2015, contra Justiniano y Azucena . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Segunda) que con fecha treinta de diciembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< Único.- En el año 2.010 Rita comenzó a llamar a una línea telefónica 806 relacionada con el esoterismo. A través de ella conoció a Inés , quien le ofreció los servicios de "curandero" de su hijo, el acusado Justiniano , con DNI nº NUM000 , nacido el NUM001 /1971 en Vilafranca del Penedés (Barcelona), hijo de Sabino e Inés , sin antecedentes penales, el cual, con el propósito de procurarse un ilícito beneficio económico fue ganándose la confianza de Rita ofreciéndole sus servicios como curandero y le solicitó, a cambio de ellos, diversas cantidades de dinero que Rita le fue entregando.

Justiniano se desplazó en varias ocasiones desde Cuenca hasta Tenerife para hacerle a Inés supuestos "tratamientos" de ciencias ocultas para curarla de los males que, según él, la aquejaban. Los gastos de estos viajes fueron pagados por Rita . Asimismo, Rita le pagó diversas cantidades, entre ellas 1.900 y 1.500 € que transfirió a la cuenta del hijo de Sabino .

Justiniano convenció a Rita para que fuera a su domicilio en Cuenca. Una vez allí, además de aprovecharse de Rita para hacer diversas compras, consiguió de ella que adquiriera diversos bienes que, supuestamente, iban a ser transmitidos a diversos curanderos del extranjero con los que Justiniano había contactado. Entre otros, fueron adquiridos:

- Un Volkswagen Touareg matrículaWWW , que fue adquirido el 8 de noviembre de 2010 en Zaragoza (GESTIÓN COMERCIAL WAGEN, SL), para lo que Rita tuvo que suscribir en tal fecha una póliza de préstamo mercantil por importe de 33.139,61 euros, vehículo que



www.civil-mercantil.com

inicialmente se puso a nombre de Rita pero que luego fue transferido a la mercantil "Tarot de Saray, Sociedad Limitada", que pertenece a los acusados. Dicho vehículo fue intervenido judicialmente aunque luego se autorizó su desguace.

- Un Mercedes Benz matriculado ...XXX , que fue adquirido el 7 de abril de 2011 en Guadalajara (SANTOGAL MOTOR), para lo que Rita tuvo que suscribir un póliza de préstamo con la entidad MERCEDES BENZ FINANCIAL SERVICES ESPAÑA D. F.C.S.A por importe de 22.463,87 euros, poniéndose el vehículo a nombre de Rita , pese a que se lo quedó Justiniano . El acusado entregó como parte del pago un BMW X5 que se valoró en 7.000 euros y que era de la titularidad de su esposa Azucena .

- Una motocicleta Suzuki DRZ400 matrículaNNN , que fue adquirida el 5 de abril de 2011 en Cuenca (ICQ MOTOR) a nombre de Rita para lo que ésta tuvo que suscribir un nuevo préstamo con SANTANDER CONSUMER FINANCE por importe de 9.046,20 euros, vehículo que nuevamente quedó en poder de Justiniano , contribuyendo éste a rebajar el precio de la adquisición mediante la entrega de una moto usada.

Justiniano convenció a Rita para que le otorgase un poder que le autorizaba para la venta de su domicilio, actuando con la intención de apropiarse del dinero de la venta. Así, Rita otorgó dicho apoderamiento el día 10 de noviembre de 2.010 ante el Notario de Cuenca don José María Víctor Salinas Martín, y posteriormente, utilizando para ello dicho poder Justiniano vendió la vivienda y la plaza de garaje propiedad de Rita , situadas en el EDIFICIO000 de la CALLE000 de Santa Cruz de Tenerife, en la Escritura pública otorgada ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Juan José Esteban Beltrán el día 1 de abril de 2.011 por un importe de 125.000 euros, de los que 69.922 se destinaron a amortizar el préstamo hipotecario suscrito por la perjudicada con el BBVA, 3.000 euros correspondieron a la comisión de la inmobiliaria, 200 euros los retuvo la mercantil compradora y los 51.878 euros restantes se los llevó el acusado en un cheque nominativo a su nombre, título que ingresó el día 4 de abril en la ya mencionada cuenta a nombre de su hijo Ambrosio , haciendo suyo su importe con ánimo de ilícito enriquecimiento -tal y como había planeado previamente- a costa de Rita , quien no llegó a recibir el referido precio ni parte alguna del mismo (salvo la destinada a la cancelación de la hipoteca que gravaba dicho inmueble, que se entregó al acreedor hipotecario BBVA). Posteriormente uno de los acusados extrajo el 14 del mismo mes 45.000 euros de dicha cuenta, aplicándolos a un destino propio que no consta.

En total, el perjuicio económico causado por los acusados Justiniano y Azucena a Rita a resultas de los hechos anteriores ascendió a 109.527,68 €.

Rita padece un trastorno mental catalogado desde un punto de vista psiquiátrico como "trastorno de ideas delirantes", forma poco frecuente de psicosis caracterizada por la presencia, casi como único síntoma, de un delirio bien sistematizado y monotemático. En su caso, se aúna con un conjunto de creencias culturales muy arraigadas (ciencias ocultas, brujería). El contenido delirante está estrechamente relacionado con sus creencias culturales, ideas respecto a las que tiene una especial sensibilidad y a las que otorga una clara hipervaloración, que deforma y a las que va añadiendo sucesivas interpretaciones falsas. Por este motivo, sus interpretaciones delirantes la hacen especialmente vulnerable, ya que sus propios delirios la convierten en una persona fácilmente manipulable. También tiene defectos en el plano volitivo con falta de iniciativa y espontaneidad para tomar decisiones en distintos planos con salud y economía que la limitan para aquellos asuntos que requieren una elaboración y planificación como la realización de gestiones bancarias o la administración y gestión de su patrimonio. Tales padecimientos eran conocidos y fueron aprovechados por los acusados de forma consciente y deliberada para doblegar su voluntad y viciar su consentimiento mediante el engaño>>.



www.civil-mercantil.com

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que debemos condenar y condenamos a Justiniano como autor responsable de un delito de estafa de los arts. 248 y 250.1.4 ° y 5o CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años de prisión y multa de 2.400 €, así como al pago de la mitad de las costas procesales.

Absolvemos a Azucena del delito de estafa de que venía acusada.

Condenamos a Justiniano a indemnizar a Rita con la cantidad de 109.527,68 €, de conformidad con lo dispuesto en el fundamento de Derecho sexto de esta resolución.

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

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre del Ministerio Fiscal.

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por falta de aplicación del art. 74 CP .

Motivos aducidos en nombre de Justiniano .

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 120.3 CE en relación con los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ . Motivo segundo .- Por infracción de ley al amparo del art. 24.2 CE en relación con los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ . Motivo tercero. - Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación de los arts. 248 y 250.1.4 ° y 5º CP . Motivo cuarto .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida aplicación del art. 386 LEC . Motivo quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECrim por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos que revelan la equivocación del juzgador.

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por el condenado, impugnando todos los motivos del recurso ; la representación de Justiniano impugnó el recurso del Ministerio Fiscal; la representación legal de Dª Rita impugnó todos los motivos del recurso de Justiniano ; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veinticinco de octubre de 2016.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) Recurso del Ministerio Fiscal .

Primero.



www.civil-mercantil.com

En el escrito de impugnación el condenado reclama la inadmisión del recurso del ministerio Público aduciendo incongruencia entre el escrito de preparación y el de formalización.

Como enseñan las SSTS 863/2014, de 11 de diciembre y 794/2016, de 13 de octubre, los óbices de admisibilidad específicos alegados y rechazados y que no se solapan con causales de desestimación por el fondo (art. 885 LECrim) merecen una respuesta específica cuyo ubi ha de ser la sentencia. La tramitación legal de la casación no contempla otro momento en que puedan ofrecerse explicaciones sobre las razones que llevaron a desatender una petición de inadmisión (art. 893 LECrim). Toda alegación singularizable merece una respuesta expresa. No en vano las causas de inadmisibilidad en fase de decisión son apreciables como fundamento de una desestimación sin resolver el fondo.

Hay que refrendar ahora la decisión tomada en su momento admitiendo a trámite el recurso del Fiscal pues el defecto alegado para interesar la inadmisión no es tal.

Dice la contraparte que en el escrito de preparación se mencionaban tanto el art. 849.1º como el art. 852 LECrim y que sin embargo solo se ha interpuesto recurso con base al art. 849.1º. Nada anómalo hay en ello: estaríamos en todo caso ante un desistimiento tácito de uno de los motivos anunciados. Quizás pudiera surgir algún problema en el supuesto inverso (se formaliza por un motivo que no fue anunciado); pero no cuando el escrito de preparación era más amplio y al instrumentarse el recurso se prescinde de alguno de los cauces que se habían abierto.

Segundo.

Entabla el Ministerio Público un recurso monotemático: un exclusivo motivo por infracción de ley en el que se plantea una cuestión neta y exclusivamente jurídico penal: la inaplicación indebida del art. 74.1CP .

La sentencia de instancia condena por un delito continuado del art. 250.1.4ª (perjuicio causado a la víctima) y 5ª ("más de 50.000 euros").

Pese a ello, elude la agravación consistente en imponer la pena en su mitad superior como señala el art. 74.1 (aunque la sentencia en este punto se refiere reiteradamente al art. 74.2, seguramente por un desliz fácilmente subsanable). Considera que eso supondría una violación de la prohibición de bis in idem:

"El Ministerio Fiscal y la acusación han interesado que los hechos se califiquen como constitutivos de un delito continuado de estafa (art. 74.2 CP) agravado por la concurrencia de las circunstancias expresadas en los apartados 4º y 5º del art. 250.1 CP .

El valor final de la defraudación, según ha resultado probado, ascendió a 109.527,68 € en total, por lo que resulta aplicable el art. 250.1.5º CP (la agravación resulta aplicable cuando se supera el límite de los 50.000 €, sin que la cantidad defraudada deba ser dividida entre los perjudicados - STS 17-9-2003 -).

No cabe duda de que las sucesivas acciones de engaño emprendidas por el acusado se integraron en un mismo plan delictivo (conseguir entregas no justificadas de elevadas cantidades de dinero abusando de su ignorancia y credulidad). Estas acciones sucesivas, que determinaron las correspondientes entregas de efectivo, constituyen un supuesto de delito continuado al que, dada su naturaleza patrimonial, sería de aplicar el art. 74.2 CP (SSTS 17-2-2010 , 21-1-2010 , 13-11- 2007).

Sin embargo, la aplicación conjunta en este caso del art. 74.2 y del apartado 5º del art. 251.1 CP no resulta posible, y constituiría una infracción del principio de prohibición de doble valoración: la defraudación alcanza finalmente una cantidad superior a 50.000 € (art. 250.1.5º CP), y alcanzó a la práctica totalidad del patrimonio de los perjudicados, pero esos efectos se



www.civil-mercantil.com

producen justamente mediante la reiteración delictiva a que se refiere el art. 74.2 CP . Es decir, la aplicación concurrente de ambas normas (el art. 74.2 CP por una parte, y la agravación del art. 250 CP , por otra) constituiría un bis in idem (cfr. SSTS 17-12-2008 , 27-2- 2004)".

El razonamiento del Tribunal a quo es en abstracto correcto. Pero margina un dato muy significativo que hace variar la solución: uno de los actos de disposición integrados en la continuidad delictiva colmaba por sí solo las exigencias del art. 250.1.5 CP pues la defraudación rebasaba el dintel de los cincuenta mil euros. Si se llega a la aplicación del art. 250.1.5 no es solo a base de sumar las distintas cantidades defraudadas; es decir, por virtud de la regla de subsunción del art. 74.2 (total perjuicio). Una de las infracciones agrupadas en la continuidad ya integraba ese subtipo. No hay riesgo de bis in idem si además de eso se valora que estamos ante una pluralidad de acciones lo que determina una mayor gravedad y justifica las previsiones penológicas del art. 74.1 CP .

Es decir, ex art. 74 solo se produce una agravación (la mitad superior a que obliga su párrafo 1º), puesto que la regla del párrafo 2º (total perjuicio causado) no ha servido aquí para agravar la calificación penal (pues una acción ya determinaba la operatividad del art. 250.1.5 CP). Es esta la exégesis que ha imperado en la jurisprudencia desde el acuerdo del pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, que tuvo como precedente el pleno de 18 de julio anterior.

En efecto, la reiteración de conductas no puede arrastrar un doble efecto agravatorio: i) cuantificar el total de la defraudación mediante la suma de las acciones individuales, y perfilar de esa manera la subsunción jurídica (art. 74.2 CP que conduce al art. 250.1.5 ª); y ii) imponer la pena en su mitad superior (art. 74.1 CP).

Esa forma de conjugar las reglas contenidas en los números 1 y 2 del art. 74 supone una dúplice agravación basada en una única realidad, la continuidad delictiva. De una parte se califica en atención al total perjuicio causado lo que supone ya agravar la calificación (del tipo básico del art. 248 se pasa al agravado del art. 250 CP). Luego, sobre la figura así conformada (250.1.4 ó 250.1.5), se busca la mitad superior o incluso, facultativamente, la primera mitad de la pena superior en grado (art. 74.1). Esa dual operación agravatoria está repelida por la prohibición del bis in ídem.

Las claves para solventar los casos en que del juego conjunto de los arts. 74 1 y 2 se podría derivar una doble consecuencia desfavorable en los delitos continuados patrimoniales no llegan a los extremos proclamados por la sentencia de instancia. No siempre es incompatible el art. 74.1 CP con los delitos patrimoniales agravados por la cuantía.

El Pleno no jurisdiccional de 27 de marzo de 1998 planteó por primera vez el problema en relación a los delitos de hurto avanzando un primer paso. Se concluyó que en los casos de hurtos varios la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art. 74 del Código Penal , los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente (STS 1265/1997, de 17 de abril). Se partía de que la regla penológica del apartado 1 del art. 74 no es aplicable a los delitos patrimoniales que se rigen por la regla segunda específica de esas infracciones y excluyente de la primera (vid, SSTS 771/2000 de 9 de mayo , 1092/2000 de 19 de junio de 2000 , 1471/2001 de 23 de julio , 135/2002 de 6 de febrero , 1510/2002 de 24 de septiembre , 29/2003 de 16 de enero , ó 760/2003 de 23 de mayo entre muchas).

Más adelante se introdujo un significativo matiz. Cuando de la aplicación del número dos del art. 74 no se haya derivado modificación en la calificación de las conductas individuales que integran el delito continuado, entonces -solo entonces- recupera su virtualidad el art. 74.1 determinando la necesidad de imponer la pena en su mitad más alta, con posibilidad, a partir



www.civil-mercantil.com

de la reforma de 2003, de elevar la sanción hasta la mitad inferior de la pena superior. Es decir, cuando todas o varias de las conductas aglutinadas en una única infracción continuada son constitutivas de delito por rebasar lo sustraído la cifra de 400 euros, la pena se impondrá conforme al num. 1 del art. 74, en la medida en que el núm. 2 no ha supuesto variación agravatoria en la subsunción. No hay, por tanto, riesgo de erosión del non bis in ídem.

Igual solución ha de proyectarse a un delito continuado integrado por varias acciones en las que al menos una sobrepasa la cuantía establecida en el art. 250.1.5 (monto superior a 50.000 euros): sobre la pena prevista para tal precepto habrá que imponer la mitad superior por imperativo del art. 74.1 CP (vid SSTS 482/2000 de 21 de marzo , 1284/2002, de 8 de julio , 136/2002, de 6 de febrero , 1411/2000, de 15 de septiembre , ó 980/2013, de 14 de noviembre entre otras) o, facultativamente la pena superior en grado en su primera mitad (a partir de la reforma penal de 2003).

Se ensamblan ambas reglas -la general del art. 74.1 y la especial para delitos patrimoniales del art. 74.2- cuando la consideración del total perjuicio causado no representa cambio agravatorio de calificación. En otro caso cede la del art. 74.1 Así lo determinó el citado Acuerdo de 30 de octubre de 2007 del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que invoca explícitamente el Fiscal: " El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración ".

En relación en concreto a los arts. 250.1.5 y 74 CP la solución propugnada por el Fiscal está respaldada por muchos precedentes de esta Sala que trae a colación en su dictamen: SSTS 239/2010, de 24 de marzo ; 572/2010, de 4 de junio ; 813/2009, de 7 de julio ; ó 973/2009, de 6 de octubre . No sería idéntico el discurso si el art. 250.1.4; pero lo expuesto hasta ahora sobre el 250.1.5 CP hace innecesario adentrarnos en ese punto.

El motivo del Ministerio Público ha de ser acogido determinando la casación de la sentencia de instancia en este particular y el dictado de segunda sentencia.

No sería idéntico el discurso si dirigimos la atención al art. 250.1.4ª. Pero lo expuesto ahora sobre el art. 250.1.5º CP hace innecesario adentrarnos en esa cuestión.

B) Recurso de Justiniano .

Tercero.

Nos enfrentamos a un extenso recurso, bien trabajado y adobado con abundantes y pertinentes citas jurisprudenciales. Si se sintetizan, llevándolos a lo nuclear, sus cinco motivos (algunos de los cuales aparecen desarrollados a lo largo de varias páginas) permiten una contestación refundida. Vienen a constituir en realidad diferentes enfoques o vertientes de una única y esencial discrepancia con la sentencia atinente a la valoración de la prueba efectuada.

En efecto:

a) El primer motivo se queja por la supuesta deficiencia de la motivación fáctica. Se aduce que la Sala no ha explicado mediante qué maniobras concretas se produjo el engaño, ni ha llegado a responder a la cuestión de qué engaño específico se valió el recurrente. El error sería más bien fruto de la patología previa de la víctima y sus creencias no generadas por el condenado. La motivación fáctica sería muy genérica en tanto no se explicitan los actos positivos llevados a cabo por el recurrente, ni la forma en que engañó o convenció a la víctima. El propósito de vender la casa había surgido en la propia víctima sin intervención del recurrente. Además se demostró que se le reintegró el importe de la venta.



www.civil-mercantil.com

b) Sobre este último punto se insiste en el quinto y último motivo (art. 849.2º): el recibí documentado acreditaría que se reintegró a la víctima el importe de la venta (51.878 euros). No es ese cauce casacional apto para atacar esa idea en la medida en que lo que se desprende del documento está contradicho por otros elementos de prueba (manifestaciones de la víctima). Tal argumentación no es coherente con un motivo por error facti sin perjuicio de que pueda valorarse en sede de presunción de inocencia, como haremos. Los informes médicos de la víctima tampoco acreditan por sí mismos la inocencia del recurrente ni contradicen ninguno de los hechos probados. Ni en el hecho probado ni en ningún documento se encuentran razones, por otra parte, para menguar la indemnización en 15.463,87 euros.

c) El motivo cuarto acude a la regulación procesal de la valoración de la prueba indiciaria (art. 386 LECivil). Carece de autonomía. El art. 849.1º LECrim ha de basarse en la infracción de una norma de derecho penal sustantivo, como pone de manifiesto el Fiscal, y no de una norma procesal o reguladora de la valoración de la prueba como es el precepto identificado. Dilucidar si estamos ante prueba indiciaria apta para fundar un pronunciamiento condenatorio es un debate a desarrollar en sede de presunción de inocencia, vía art. 852 LECrim ., y no de infracción de ley del art. 849.1 LECrim .

d) El motivo tercero se basa en el art. 849.1º LECrim pero no plantea problemas puros de subsunción jurídica, sino temas probatorios de supuesta falta de acreditamiento de algunos de los elementos del delito de estafa (engaño bastante; maniobra engañosa...). Otra vez nos enfrentamos a un debate probatorio propio de un motivo por presunción de inocencia.

El segundo -violación de la presunción de inocencia (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE)- es el motivo al que pueden reconducirse todos los demás. Al analizarlo tendremos en cuenta las diferentes alegaciones que se vierten a lo largo de todo el recurso, algunas de forma repetitiva e insistente.

Cuarto.

La presunción de inocencia no ha sido violada en tanto en cuanto la Sala de instancia ha dispuesto de prueba -directa en buena parte; indiciaria en algunos extremos concretos- que avala la convicción de culpabilidad proclamada, según se razona de forma suasoria: la sentencia es autosuficiente pues explica con claridad las razones de la certeza sobre la culpabilidad del recurrente alcanzada. Está holgadamente motivada. El lugar sistemático para encuadrar la motivación fáctica en una sentencia es la fundamentación jurídica y no el apartado de hechos probados.

En efecto:

a) Se parte de la patología sufrida por la víctima que se describe con detalle basándose en los informes psiquiátricos recabados. Esa base que era conocida por el acusado (es obvio: es la que motiva que entren en relación) era terreno propicio para la defraudación patrimonial desplegada luego.

b) Se relata la forma en que contactan víctima y acusado; y cómo éste comienza a prestarle sus servicios profesionales . Con esmero y excelente técnica y demostrando conocimiento de la dogmática del delito de estafa, la sentencia discrimina entre los pagos que se hacen al recurrente por la prestación de esos servicios y otras entregas de dinero o bienes. Las primeras no provienen de engaños generados por el acusado, sino que son determinadas por las previas creencias de la víctima no provocadas por aquél. No hay causalidad entre el engaño y el error. El recurrente atiende a la víctima en la forma en que ésta demanda y percibe sus retribuciones. No hay estafa.



www.civil-mercantil.com

Sí se abre paso el tipo penal del art. 248 cuando el acusado, consciente de esa fragilidad psíquica de la víctima y de sus falsas y arraigadas creencias, las aprovecha para ir más allá y obtener un lucro adicional urdiendo unos engaños específicos con la única finalidad de arrancar actos de disposición en su beneficio: decirle que necesitaba valerse de otros curanderos y que había que pagarles con la compra de vehículos. Esa patraña es un engaño ingeniado por el recurrente que provoca actos de disposición perjudiciales para la víctima en beneficio propio.

c) Se detecta ahí ya una estafa en su sentido más prístino. La necesidad de que el engaño sea bastante no puede dilucidarse al margen de las condiciones personales concretas de la víctima. Son esos unos engaños protagonizados ya directamente por el acusado, aunque, desde luego, contando con un campo fértil para que cuajasen: la patología de la víctima.

d) Algo semejante cabe aducir en relación a la disposición sobre la vivienda. Que la víctima tuviese intención de venderla (lo que acepta la sentencia) es muy distinto a que tuviese intención de enajenarla sin percibir ni un euro de su importe, que es lo que sucedió. Es más, si no existiese engaño esa operación concreta encajaría también en la apropiación indebida (art. 252) del importe de la venta que se embolsó el acusado pese a haberlo recibido por cuenta de aquélla. Estafa y apropiación indebida son susceptibles de agruparse en un único delito continuado: ninguna trascendencia penal tendría tal cambio de calificación.

e) La realidad de lo plasmado en el documento firmado por la recurrente está desacreditado por sus manifestaciones que razonablemente han merecido plena fiabilidad a la Sala. Y es que el contexto total que es analizado por la sentencia es terreno bien abonado para generar esa certeza. No es la presunción de inocencia herramienta hábil para cuestionar en casación la credibilidad de un testimonio (STC 133/2014).

f) Las operaciones concretas (compras de vehículos, venta de la vivienda, destino del dinero y de los vehículos) están acreditadas por pruebas objetivas.

g) Una hipótesis alternativa (compras de los vehículos para sí, donaciones sin sentido...) ni justifica ni explica la secuencia total de hechos que solo adquieren plena coherencia desde la tesis inculpatoria que la sentencia reputa acreditada.

h) Juega en esa convicción un papel relevante la declaración de la víctima que se hace singularmente creíble a la vista de la congruencia que guarda con su diagnosticada patología.

i) La tardanza en denunciar los hechos, la petición por la víctima de otros préstamos en épocas previas, u otros datos accesorios que el recurrente destaca no desvirtúan la convicción probatoria de la Sala de instancia.

El recurso no puede prosperar.

C) Costas.-

Quinto.

Habiéndose desestimado el recurso del condenado deberá cargar con el pago de costas. Deben declararse de oficio, por el contrario, las ocasionadas por el recurso del Ministerio Fiscal (art. 901 LECrim).

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta Sala ha decidido:



www.civil-mercantil.com

1.-ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , estimando el motivo único de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio.

2.- NO ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Justiniano contra sentencia y Audiencia arriba reseñadas; condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde Joaquin Gimenez Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey

La sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado lo siguiente

En la Villa de Madrid, a tres de Noviembre de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción número Cinco de Santa Cruz de Tenerife, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Segunda), y que fue seguida por un delito de estafa contra Justiniano y Azucena se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

I. ANTECEDENTES

Único.

- Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Conforme a lo argumentado en la anterior sentencia la pena ha de imponerse en su mitad superior (art. 74.1 CP) optándose por la extensión mínima.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

III. F

Se acuerda sustituir las penas fijadas en la sentencia por las penas de TRES AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y multa de NUEVE MESES con una cuota diaria de DIEZ EUROS y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas.

En lo demás se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Julian Sanchez Melgar Antonio del Moral Garcia Pablo Llarena Conde Joaquin Gimenez Garcia

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.