



Roj: **STS 832/2007** - ECLI: **ES:TS:2007:832**

Id Cendoj: **28079120012007100069**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2007**

Nº de Recurso: **1473/2005**

Nº de Resolución: **89/2007**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil siete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por la procesada Concepción , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª, que la condenó por delito de estafa de especial gravedad. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando la procesada recurrente representado por la Procuradora Sra. Fernández Pérez. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera (Cádiz), instruyó Diligencias Previas con el número 339/2002, contra Concepción y Iván y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª que, con fecha 4 de Marzo de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

PRIMERO.- El día 25 de febrero de 2001 Amelia y Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción y de Iván en Jerez de la Frontera. Los referidos hermanos acudieron a ese domicilio para pedirle a Concepción que curase a su padre, Felix , que sufría un carcinoma hepático avanzado, con metástasis. A los referidos hermanos Amelia Luis Antonio les había dicho una tía suya que Concepción tenía "poderes" y que gracias a ella su tío Jose Pedro estaba mejorando del cáncer que sufría. Los hermanos Amelia Luis Antonio acudieron a ver a Concepción que les dijo que efectivamente ella estaba curando a su tío y, tras ver una fotografía del padre de Amelia y Iván , les indicó que ella podía curar a su padre pero que había que actuar en una semana como máximo, que si no moriría. Les dijo también que el tratamiento era caro pues incluía la compra de unos líquidos en Madrid, de precio elevado, y les explicó que también era necesario sacrificar animales y extraerles los mismos órganos afectados por el cáncer que sufría su padre, tarea para la que precisaba la ayuda de otra persona. En principio Concepción les pidió 2 millones de pesetas, cantidad que elevó en el mismo día hasta 3 millones de pesetas. Concepción llegó a enseñar a los hermanos Luis Antonio Amelia su D.N.I., diciéndoles que anotarán sus datos como garantía de su actuación. Los hermanos Amelia Luis Antonio , que se encontraban extremadamente asustados y desanimados por la enfermedad que sufría su padre, sin que los médicos les diesen ninguna esperanza de curación, hablaron con otros dos hermanos, Paloma y Pablo y decidieron intentar conseguir el dinero que Concepción les pedía. El 27 de febrero de 2001 los hermanos Amelia Luis Antonio entregaron a Concepción la cantidad de 2.000.000 de pesetas que les había prestado Lucía . El 6 de marzo de 2001 le entregaron a Concepción otras 995.000 pesetas y un pájaro conocido como "inseparable" que habían adquirido en Ubrique por 5.000 pesetas y que Concepción les había pedido que le comprasen tras haber visto otro igual en su casa de Ubrique. Ese millón de pesetas correspondía a un préstamo por 800.000 pesetas obtenido de Unicaja y otras 200.000 pesetas que tenía Felix depositadas en un banco. Concepción hizo suyo el dinero que le entregaron. Los hermanos Luis Antonio Amelia al adquirir el pájaro en Ubrique solicitaron que la factura se hiciese a nombre de Concepción e hicieron constar su número



de D.N.I., ya que el pájaro era para ella y el precio se descontó de la cantidad de dinero que los hermanos le dieron a Concepción .

SEGUNDO.- Hasta en 4 ocasiones los hermanos Amelia Luis Antonio se ocuparon de que Concepción y Iván fuesen llevados desde Jerez de la Frontera a Ubrique, a casa de sus padres, presentando a Concepción como una prima de Lebrija del marido de Amelia . En todas esas ocasiones los hermanos se ocuparon de que los dos acusados fuesen llevados a regreso a Jerez. Además el contacto telefónico de Amelia con Concepción fue casi diario. En todo momento Concepción insistió en que ella estaba curando a su padre y les indicó a los hermanos diversos comportamientos que debían seguir para la curación, como por ejemplo que tenían que poner una vela y un vaso de agua delante de una foto de su padre.

TERCERO.- En otras ocasiones los hermanos Amelia Luis Antonio acudieron al domicilio de Concepción en Jerez para hablar con ella, sin que estuviese presente Iván , que sí acompañó a Concepción cuando acudió a Ubrique. Al menos en una ocasión en Ubrique Iván confirmó a los hermanos Amelia Luis Antonio los "poderes" curativos de Concepción , indicándoles casos concretos de curaciones en los que ella habría intervenido. Además les dijo que Concepción iba a curar a su padre, pues nunca nadie había ido a su casa a quejarse, sino a llevarle algún regalo por la curación. No se ha probado que Iván hablase con los hermanos Amelia Luis Antonio del dinero que habían pagado para conseguir los servicios de Concepción .

CUARTO.- Mientras tanto la enfermedad de don Felix seguía su curso natural, sin ninguna influencia de los pretendidos poderes de la acusada, que alrededor de abril de 2001 solicitó a los hermanos Amelia Luis Antonio que le diesen otro millón y medio de pesetas. Aprovechando que Amelia había sido ingresada en el Hospital por una enfermedad, Concepción llegó a decirle que le había pasado el cáncer de su padre y que era normal que su padre estuviese cada vez más amarillo y desmejorado, porque ella le estaba "tocando" por dentro. Los hermanos Solando le dijeron a Concepción que no tenía más dinero, pese a lo cual mantuvieron los contactos casi diarios con Concepción que decía que continuaba ejerciendo sus "poderes" para curarlo. Finalmente el 18 de julio de 2001 don Felix falleció. Al día siguiente Amelia , con la intención de pedirle que le devolviera la foto de su padre y en presencia de su hermano Iván , llamó a Concepción que les dijo que no los conocía de nada.

QUINTO.- A Amelia se le diagnosticó, tras la muerte de su padre, un trastorno de adaptación con predominio de alteraciones de otras emociones, provocado tanto por el padecimiento que sufre su marido como por una reacción emocional derivada de la enfermedad y fallecimiento de su padre, así como de los hechos antes descritos. El marido de Amelia sufre desde al menos el año 2000 un trastorno orgánico de la personalidad y una epilepsia postraumática. Por sentencia de 29 de noviembre de 2004 fue declarado incapaz para gobernarse y administrar sus bienes. Amelia nació en el año 1964 y ha trabajado como administrativo en el Ayuntamiento de Ubrique. Luis Antonio nació en el año 1973, sus estudios son de auxiliar de clínica y en la época en que ocurrieron los hechos trabajaba en la construcción. Los hermanos Amelia Luis Antonio están devolviendo a razón de 180 euros mensuales el equivalente a 2 millones de pesetas que recibieron en préstamo de la señora Lucía .

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: Condenamos a Concepción como autora penalmente responsable de un delito continuado de estafa de especial gravedad a las penas de 2 años y 6 meses de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 6 euros. Si la condenada no satisficere voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

La pena de prisión lleva consigo como accesoria la suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo.

Condenamos a Concepción a que:

1º.-Abone a los hermanos Amelia Luis Antonio una indemnización de 24.040#43 euros y el importe resultante de aplicar a esa cantidad el interés legal desde el 6 de marzo de 2001 hasta su completo pago, interés que se incrementará en dos puntos a partir de la fecha de la sentencia.

2º.-Abone a Amelia una indemnización de 1.000 euros.

3º.-Abone la mitad de las costas causadas en el presente procedimiento, con inclusión también de la mitad de las costas generadas por la intervención de la acusación particular.

Absolvemos a Iván de la acusación de complicidad en el delito de estafa que contra él se dirigía y declaramos de oficio la mitad de las costas causadas en el presente procedimiento.



Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal conforme al artículo 248 nº 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, con certificación de la misma, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Penal de su procedencia, para su conocimiento, efectos y la debida ejecución de lo resuelto.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la procesada, 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.

4.- La representación de la procesada Concepción, basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la L.O.P.J., por infracción de precepto constitucional, en especial el artículo 24 de la Constitución española.

SEGUNDO.- Al Paloma de los artículos 849. 1º y 238. 3º de la L.O.P.J., por inadmisión de la nulidad de procedimiento.

TERCERO.- Al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 248 del Código Penal.

CUARTO.- Al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal, relativo a la continuidad delictiva.

QUINTO.- Por infracción de ley, al Paloma del artículo 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 250. 1. 6º del Código Penal, relativo a la especial gravedad.

SEXTO.- Al Paloma del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma.

5.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 13 de Diciembre de 2005, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

6.- Por Providencia de 28 de Diciembre de 2006 se declaró el recurso admitido y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 25 de Enero de 2007.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Teniendo en cuenta las características de los hechos, es cuestión prioritaria analizar la concurrencia de los elementos típicos de la estafa y concretamente del engaño bastante.

1.- Es necesario, con carácter previo, hacer alguna precisión sobre los hechos probados.

Los denunciados, ante el padecimiento por su padre de un carcinoma hepático avanzado con metástasis, al que los médicos no le daban ninguna esperanza de evolución positiva, diagnosticando su desenlace fatal, decidieron agotar las posibilidades de curación acudiendo a métodos mágicos y absolutamente acientíficos.

Los hermanos, "se encontraban extremadamente asustados y desanimados" ante esta situación, por lo que acudieron a la acusada que, tras ver una fotografía del padre, les dijo que podía curarle pero que había que actuar en una semana como máximo porque si no moriría.

La acusada les dijo que el tratamiento era caro pues incluía la compra de unos líquidos en Madrid, de precio elevado, y les explicó que también era necesario sacrificar animales y extraerles los mismos órganos afectados por el cáncer que sufría su padre.

En los contactos durante el tratamiento, les dijo que tenían que poner una vela y un vaso de agua delante de una foto de su padre.

Habiendo sido ingresada la denunciada en un hospital a causa de una enfermedad, la recurrente la dijo que se le había pasado el cáncer de su padre.

Los contactos entre ambas se iniciaron el 25 de Febrero de 2001 y el padre falleció el 18 de Julio de 2001.

Estos son, en síntesis, los hechos que constituyen la base de la imputación de un delito de estafa a la acusada recurrente.

2.- La existencia del delito de estafa exige un engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.



La esencia delictiva gira en torno a una conducta engañosa, suficientemente convincente, con un contenido tal que pudiera producir error en el común de las gentes. La cualificación del engaño como penalmente relevante suscita problemas de interpretación que es necesario acomodar a los casos concretos.

La dificultad aumenta si tenemos en cuenta que, nuestro Código Civil, en el artículo 1269 nos dice que "existe dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes se induce a otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho". Es evidente que las palabras o maquinaciones insidiosas constituyen un engaño, si bien no siempre es posible derivarlo hacia el campo del derecho penal.

3.- Tradicionalmente, la doctrina y la jurisprudencia han utilizado criterios cuantitativos para delimitar el dolo penal y distinguirlo del dolo civil. En consecuencia, es necesario reservar la aplicación del derecho penal a los casos verdaderamente graves que supongan ataques suficientemente fraudulentos, al patrimonio ajeno.

En términos generales se ha simplificado el debate exigiendo que el engaño sea "bastante". Gramaticalmente significa o es homologable a suficiente, considerable y en cierto modo intenso. Como es lógico, la interpretación jurisprudencial está llamada necesariamente, a integrar este concepto en cada caso concreto.

Si tenemos en cuenta que el engaño nace de una relación de comunicación, personal o indirecta, con la persona engañada, para graduar su intensidad, es necesario tener en cuenta las cualidades del sujeto pasivo. Para completar este cuadro es necesario tener en cuenta el grado de conocimiento medio de una sociedad que, como sucede en el caso presente, vive ya en el siglo XXI. El ciudadano medio de nuestra sociedad, tiene un nivel de información sobre estas enfermedades y sus características, que difícilmente puede alegar confianza racional en poderes paranormales. Se considera que no existe estafa cuando el sujeto pasivo acude a mediums, magos, poseedores de poderes ocultos, echadoras de cartas o de buena ventura o falsos adivinos, cuyas actividades no puedan considerarse como generadoras de un engaño socialmente admisible que origine o sean la base para una respuesta penal.

En estos casos, por lo general, se considera que el engaño es tan burdo e inadmisibles que resulta inidóneo para erigirse en el fundamento de un delito de estafa.

4.- El legislador nos proporciona una interpretación complementaria al considerar, como una modalidad agravada, la estafa cometida con abuso de las relaciones existentes entre víctima y defraudador o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

5.- No se discute que los denunciados estuviesen angustiados ante la grave enfermedad que padecía su padre y que buscasen desesperadamente cualquier tratamiento que pudiera curar su enfermedad. En el mundo intercomunicado en el que vivimos, cualquier persona media está en condiciones de conocer cuáles son los efectos de los padecimientos que genéricamente se recogen bajo la denominación genérica de cáncer. Está probado y así se declara que los médicos les habían advertido que era imposible la curación de un carcinoma hepático de las características que padecía el padre de los denunciados.

6.- No sería extraño que, aun en contra de los consejos médicos, agotasen todas las posibilidades que la medicina más avanzada pudiera proporcionar para tratar estas dolencias. Ahora bien, acudir a un médium a la que se atribuían "poderes especiales", resulta una decisión quizás comprensible, pero que en ningún caso podía inducir a error a los denunciados. La esperanza es humanamente entendida, pero la confianza en la magia no puede recabar la protección del derecho penal.

Para reforzar más estas conclusiones, disponemos de las circunstancias personales de los denunciados. La hija era administrativa empleada en el Ayuntamiento de su localidad y el hijo, auxiliar de clínica, aunque ahora trabajaba en el construcción. No es posible admitir que personas con esas cualidades actuaran seriamente bajo error o engaño. En todo caso su reclamación podría encauzarse por la vía civil si es que consiguen demostrar que fueron inducidos por palabras o maquinaciones insidiosas.

Admitida la cuestión de fondo, no es necesario abordar el examen de los restantes motivos.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado

### III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Concepción , casando y anulando la sentencia dictada el día 4 de Marzo de 2005 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8ª , en la causa seguida contra la misma por un delito de estafa de especial gravedad. Declaramos de oficio las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. José Manuel Maza Martín D. José Antonio Martín Pallín

## **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dos de Febrero de dos mil siete.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Jerez de la Frontera (Cádiz), con el número 339/2002 contra Concepción Y Iván , en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 4 de Marzo de 2005 , que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, que hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Se da por reproducido el fundamento de derecho primero de la sentencia antecedente.

### **III. FALLO**

FALLAMOS: QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Concepción del delito de estafa de especial gravedad por el que venía acusada, declarando la oficio las costas de la instancia.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Joaquín Giménez García D. José Manuel Maza Martín D. José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.