



Roj: **STS 1172/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1172**

Id Cendoj: **28079120012019100239**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/04/2019**

Nº de Recurso: **794/2018**

Nº de Resolución: **190/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 794/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 190/2019

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 9 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuesto por las representaciones legales de las **acusadas DOÑA Virginia y DOÑA Marí Jose** , contra Sentencia núm. 662/2017, de 22 de noviembre de 2017 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia , dictada en el Rollo de Sala P.A. núm. 62/2017 dimanante del P.A. 58/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Carlet (Valencia), seguido por delito de estafa contra Virginia , Pelayo y Marí Jose . Los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados. Han sido parte en el presente procedimiento: el Ministerio Fiscal, las recurrentes Doña Virginia representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Paula Bernal Colomina y defendida por la Letrada Doña Patricia Melgarejo Anula y Doña Marí Jose representada por el Procurador Don Pablo Trujillo Castellano y defendida por el Letrado Don José María Peyro Gregori.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Carlet (Valencia) incoó PA núm.58/2016 por delito de estafa contra **Virginia , Pelayo y Marí Jose** , y una vez concluso lo remitió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia que con fecha 22 de noviembre de 2017 dictó Sentencia núm 662/2017 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**



<<PRIMERO.- Virginia , NIE: NUM000 -y. Marí Jose , NIE: NUM001 , movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente a costa de lo ajeno y puestas de común acuerdo para dicho fin, mediante engaño, consiguieron convencer en el año 2014 a Jesús María , de 91 años de edad y con escasa capacidad de discernimiento por su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que éste vivía y del que era propietario de una mitad indivisa, sito en la CALLE000 n° NUM002 de la localidad de Godella (Valencia), por un precio de 60.000 €, de forma que tras firmar el contrato y proceder a la venta, las acusadas se quedaron con el importe de 30.000 € en efectivo, producto de dicha venta, incorporándolo a su patrimonio personal, sin que lo entregaran en momento alguno a Jesús María . Para ello se aprovecharon de su avanzada edad y su escasa capacidad de discernimiento por el deterioro de sus facultades cognitivas.

SEGUNDO.- Por la venta de la vivienda de Godella, en la que hasta entonces habitaba el Sr Jesús María , el comprador entregó un cheque nominativo por valor de 30.000 euros para Jesús María por su mitad indivisa y otro para su cuñado, titular de la otra mitad indivisa. Para hacerse con el dinero de Jesús María , obtenido de la venta de su mitad indivisa, Virginia y Marí Jose recogieron a Jesús María y lo llevaron con ellas el 25 de septiembre de 2014, a la sucursal n° 333 del Banco de Santander de la localidad de Godella. Al intentar ingresar un cheque nominativo por dicho importe a nombre de Jesús María en una cuenta cuya titularidad exclusiva era de Virginia , la apoderada de la entidad les dijo que no era posible dicha operación, por lo cual lo ingresaron en la cuenta de Jesús María y pidieron la retirada inmediata en efectivo del dinero ingresado, cosa que fue denegada por el banco ya que para poder disponer del importe del cheque habría que esperar tres días. Unos días más tarde, el día 3 de octubre siguiente volvieron al banco y obtuvieron un reintegro por importe de 30.000 €, firmando el documento de reintegro tanto Jesús María como la acusada Virginia , ya que ésta estaba autorizada en dicha cuenta, llevándose el dinero Virginia y Marí Jose .

En la fecha de los hechos, Jesús María tenía menoscabado su grado de discernimiento por su situación de senilidad con demencia senil y dependía de tercera persona para sus actividades básicas de la vida diaria, así como para su supervivencia.

TERCERO.- Virginia y Marí Jose , son ambas mayores de edad, sin antecedentes penales la primera y con antecedentes penales no computables la segunda a efectos de reincidencia.>>

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

<<CONDENAMOS Virginia , como autora de un delito de estafa a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

CONDENAMOS a Marí Jose como autora de un delito de estafa a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

ABSOLVEMOS a Pelayo del delito del que venía siendo acusado.

Ambas condenadas indemnizarán solidariamente a los herederos de Jesús María en la cantidad de 30.000 euros más los intereses legales, a cuyo pago se aplicará la cantidad de 26.950 euros retenidos por el Banco de Santander, debiendo notificarse a dicha entidad bancaria el destino acordado en esta sentencia para los fondos retenidos.

Se imponen las costas por mitad a ambas condenadas.

Notifíquese esta sentencia a la Conselleria d'Hisenda de la Generalitat Valenciana a los efectos determinados en el fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia.

Notifíquese en legal forma la presente sentencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación, que deberá prepararse por escrito ante este mismo tribunal en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación de aquélla.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.>>

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se **preparó** recurso de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma por las representaciones legales de las acusadas **DOÑA Virginia y DOÑA Marí Jose** , que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Virginia , se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:



Motivo Primero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del artículo 851.1 inciso primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por resultar manifiesta contradicción en los fundamentos jurídicos expuestos en la Sentencia, al considerarse por un lado como prueba de cargo la declaración del denunciante y estimar sus juicios de valor sobre los hechos acaecidos y al mismo tiempo, consagrar en el relato de hechos el estado de incapacidad o demencia senil.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haberse desconocido los derechos a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva de mi representada, previstos respectivamente en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución Española.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al infringirse preceptos de carácter sustantivo, en concreto el artículo 250.6 del Código Penal, por no concurrir los requisitos necesarios para apreciar abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador.

Motivo cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no apreciarse la atenuante del artículo 21.5 del Código Penal de reparación del daño antes de la apertura del Juicio Oral por haberse probado, y así lo recoge la Sentencia, la transferencia de fondos con anterioridad a dicho momento procesal.

El recurso de casación formulado por la representación legal de la acusada DOÑA Marí Jose, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

Motivo primero.- De conformidad con el contenido del art. 849 de la LECrim se anuncia recurso por infracción legal por aplicación incorrecta de los artículos 248.1, 249 y 250.6º del Código Penal.

Motivo segundo.- De conformidad con el art. 849 de la LECrim, entendemos que se ha producido un error en la apreciación de la prueba documental.

Motivo tercero.- Predeterminación del fallo e incongruencia. De conformidad con el art. 851.1 de la LECrim, entendemos que no existe una declaración clara de hechos probados respecto de mi mandante dado que no se han indicado los hechos en concreto que hizo mi mandante para forzar a disponer al Sr. Jesús María de su patrimonio ni cual ha sido el destino final de los bienes.

Motivo cuarto.- Se denuncia la infracción del art. 21.2 de la Constitución por la quiebra del principio de la presunción de inocencia por cuanto que toda la sentencia como elementos de convicción se presentan una serie de indicios que no tienen sustrato fáctico.

QUINTO.- Instruido el **MINISTERIO FISCAL** del recurso interpuesto estimó procedente su decisión sin vista e interesó la inadmisión de los motivos del mismo y subsidiariamente los impugnó solicitando su desestimación, por las razones expuestas en su informe de fecha 1 de junio de 2018; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala de fecha 19 de febrero de 2019 se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 6 de marzo de 2019; prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia condenó a Virginia y a Marí Jose como autoras criminalmente responsables de un delito de estafa, a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial ha recurrido en casación las aludidas acusadas en la instancia, recurso que seguidamente procedemos a analizar y resolver.

Recurso de Marí Jose.

SEGUNDO. - En el primer motivo, y por el cauce autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la recurrente denuncia la tipicidad de los hechos, como subsumibles en el delito de estafa. Sustancialmente, impugna la concurrencia de engaño en los hechos enjuiciados.

Dada la vía casacional que alumbramos el motivo, hemos de estar a los hechos declarados probados. En éstos se expone que las acusadas, movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente y puestas de común acuerdo para dicho fin, consiguieron convencer en el año 2014 a Jesús María, de 91 años de edad y con escasa capacidad de discernimiento por su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que vivía, del que era propietario de una mitad indivisa, por un precio de 60.000 €, de forma que tras firmar el contrato y proceder a la venta, las acusadas se quedaron con el importe de 30.000 € en efectivo, producto de dicha venta, incorporándolo a su patrimonio personal, sin que lo entregaran en momento alguno a Jesús María.



La Audiencia considera que existe engaño en tanto que declara que "para ello se aprovecharon de su avanzada edad y su escasa capacidad de discernimiento por el deterioro de sus facultades cognitivas".

Por la venta de la vivienda en la que hasta entonces habitaba el perjudicado, el comprador entregó un cheque nominativo por valor de 30.000 euros para dicha persona por su mitad indivisa y otro para su cuñado, titular de la otra mitad indivisa.

Para hacerse con el dinero obtenido de la venta de su mitad indivisa, las acusadas recogieron a Jesús María y lo llevaron con ellas el 25 de septiembre de 2014, a una sucursal del Banco de Santander. Al intentar ingresar un cheque nominativo por dicho importe a nombre de Jesús María en una cuenta cuya titularidad exclusiva era de Virginia, la apoderada de la entidad les dijo que no era posible dicha operación, por lo cual lo ingresaron en la cuenta de Jesús María y pidieron la retirada inmediata en efectivo del dinero ingresado, cosa que fue denegada por el banco ya que para poder disponer del importe del cheque habría que esperar tres días.

Unos días más tarde, el día 3 de octubre siguiente volvieron al banco y obtuvieron un reintegro por importe de 30.000 €, firmando el documento de reintegro tanto Jesús María como la acusada Virginia, ya que ésta estaba autorizada en dicha cuenta, llevándose el dinero las acusadas Virginia y Marí Jose.

En la fecha de los hechos, Jesús María tenía menoscabado su grado de discernimiento por su situación de senilidad con demencia senil y dependía de tercera persona para sus actividades básicas de la vida diaria, así como para su supervivencia.

Los elementos configuradores del delito de estafa, conforme a reiterada jurisprudencia, son los siguientes: 1º) Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. En el supuesto de autos resulta indudable la concurrencia de dicho engaño, habiendo resultado acreditado que las acusadas, movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente, consiguieron convencer en el año 2014 a Jesús María, de 91 años de edad y con escasa capacidad de discernimiento por su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que vivía, y del que era propietario de una mitad indivisa, por un precio de 60.000 €, de forma que tras firmar el contrato y proceder a la venta, las acusadas se quedaron con el importe de 30.000 € en efectivo, producto de dicha venta, incorporándolo a su patrimonio personal, sin que lo entregaran en momento alguno a Jesús María. 2º) Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. En el supuesto enjuiciado, como pone acertadamente de manifiesto el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, podemos afirmar que el engaño fue bastante, por cuanto en la fecha de los hechos, el perjudicado tenía menoscabado su grado de discernimiento por su situación de senilidad con demencia senil y dependía de tercera persona para sus actividades básicas de la vida diaria, así como para su supervivencia, por lo que la maniobra de las acusadas fue más que suficiente como para provocar el error de captación de la realidad en la psiquis del acusado. 3º) Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. En el caso enjuiciado resulta indudable que se produjo un error esencial en la psiquis del perjudicado, al resultar probado que las acusadas recogieron a Jesús María y lo llevaron con ellas el 25 de septiembre de 2014, a una sucursal del Banco de Santander, para ingresar un cheque nominativo a nombre de Jesús María en una cuenta cuya titularidad exclusiva era de Virginia, para obtener la retirada inmediata en efectivo del dinero ingresado, sin que el perjudicado fuera consciente de dicha maniobra, dada su situación anímica, la cual también resultó acreditada en el juicio oral. 4º) Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de las diversas etapas del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesto la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurren en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. En el supuesto de autos resulta patente que el perjudicado realizó un acto de disposición patrimonial perjudicial para su propio patrimonio,



por cuanto tras haber convencido al perjudicado, merced a su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que vivía, y del que era propietario de una mitad indivisa, por un precio de 60.000 €, tras firmar el contrato y proceder a la venta, las acusadas se quedaron con el importe de 30.000 € en efectivo, producto de dicha venta, incorporándolo a su patrimonio personal, sin que lo entregaran en momento alguno a Jesús María . 5º) Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del código penal , entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. En el supuesto que nos ocupa resulta presente este elemento subjetivo del tipo, al resultar probado que las acusadas actuaron movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente y puestas de común acuerdo para dicho fin. 6º) Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el "dolus subsequens" es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

En el caso enjuiciado, en los hechos probados no solamente se describe el engaño, que opera sobre una persona sobre la cual padece de poco discernimiento, sino el acuerdo de voluntades y la actuación conjunta de las acusadas, al decir los hechos probados, como ya hemos visto, que Virginia y Marí Jose movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente y puestas de común acuerdo para dicho fin, consiguieron convencer en el año 2014 a Jesús María , de 91 años de edad y con escasa capacidad de discernimiento por su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que vivía, del que era propietario de una mitad indivisa.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

TERCERO.- El segundo motivo se articula por la vía autorizada en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , como error en la valoración de la prueba. En el desarrollo del mismo se alega que la documental bancaria indica que las operaciones enjuiciadas se efectuaron por la acusada Virginia , aunque dicho hecho se ocultó por el director del banco al juzgado de instrucción, en el informe obrante en la causa.

Se señala asimismo como documento la escritura del testamento de fecha 21 de agosto de 2014, la escritura de apoderamiento el 29 de agosto de 2014, así como el informe médico forense obrante al folio 125, del 22 de junio de 2015. La parte recurrente trata, por medio de los cuales, de combatir la demencia del perjudicado.

La documental propuesta no tiene el carácter de literosuficiente.

La dinámica económica resulta de los documentos obrantes en autos, pero sustancialmente de las declaraciones de los empleados de banca, y es un hecho incontestable, tanto la venta, como el pago, así como el ingreso en cuenta y la detracción de la cantidad que se indica en el *factum*.

Con respecto a las limitaciones cognitivas que sufría Jesús María se desprenden del informe del Médico Forense, ratificado en juicio oral. Y si bien subsisten dudas acerca de si se pudo examinar personalmente al paciente, sin embargo el Dr. Juan Carlos hizo alusión en su declaración pericial en juicio a los informes médicos obrantes en la causa, que sirven para poner en su contexto el informe pericial. Con independencia del grado de afectación de la demencia senil, el informe geriátrico obrante al folio 126 del tomo II, propuesto como documental del Ministerio Fiscal revela el deterioro de facultades del Sr. Jesús María como la memoria o la capacidad de concentración, lo que le hacía especialmente vulnerable al engaño.

La declaración del Sr. Marco Antonio no fue para la Sala sentenciadora de instancia suficientemente convincente sobre las verdaderas intenciones de las acusadas y más bien reforzó la idea de que ambas buscaban desde el principio hacerse con el dinero del Sr. Jesús María y esconder el producto del delito, y por eso hicieron desaparecer el dinero en efectivo al tiempo que Virginia transfería a Rumanía el mismo a su cuenta y la cancelaba. El intento de retorno a España del dinero, al conocer la interposición de la denuncia no impide la consumación del delito, más aún cuando de lo actuado en juicio se deduce que las acusadas aún confiaban en poder volver a manipular la voluntad de su víctima y esperaban su pronto fallecimiento.

La Sentencia recurrida también declara que aunque a partir de las diligencias de la Guardia Civil, Jesús María era ya plenamente consciente del engaño, y rechazó posteriores intentos de Virginia y de Marí Jose por ganarse de nuevo su confianza y manipular su voluntad, únicamente tuvo tiempo de retirar la autorización de firma dada a Virginia en la cuenta bancaria de Carlet, dado su deterioro físico y mental, ya cada vez más acelerado, lo que le impidió retirar la autorización de firma y revocar el testamento otorgado, en tesis de los



jueces "a quibus", bajo el efecto del engaño. Virginia y Marí Jose ocultaron en todo momento ante Jesús María sus nombres reales, haciéndole creer que se llamaban Teresa y Agustina .

CUARTO. - En el tercer motivo, se denuncia predeterminación del fallo e incongruencia, conforme a lo autorizado en el art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Se alega que no se explica en el *factum* cuál habría sido la conducta de la recurrente, orientada a forzar al perjudicado a disponer de su patrimonio, ni cuál habría sido el destino final de tal patrimonio.

En otro orden de cosas, se alega que la Audiencia habría predeterminado su fallo, al indicar que la acusada Virginia transfirió de nuevo el dinero a la cuenta del perjudicado, con la sola finalidad de ocultar sus intenciones espurias.

Estos reproches no pueden conceptuarse como predeterminación del fallo.

Como acertadamente argumenta el Ministerio Fiscal, resulta indudable que las afirmaciones del "factum" relativas a las espurias intenciones de las acusadas, no constituyen en modo alguno un supuesto de predeterminación del fallo impugnado, sino que se narra lo acontecido en las fechas indicadas, sin atisbo alguno de predeterminación, ni de incongruencia alguna, sino, como también se invoca, de la secuencia de hechos, respetando las reglas de la lógica

El motivo no puede prosperar.

QUINTO. - En el motivo cuarto, y al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se denuncia la vulneración de la presunción constitucional de inocencia, proclamada en el art. 24.2 de nuestra Carta Magna .

Se insiste en la falta de prueba de los hechos nucleares enjuiciados en esta causa, así como que no existe prueba del deterioro cognitivo del perjudicado. Respecto de esto último, ya hemos dejado constancia de los informes periciales tomados en consideración por el Tribunal sentenciador. Y con respecto a los hechos, la Sala valoró especialmente el interrogatorio de las acusadas, que reconocieron en la vista oral que su conjunta actuación consistió en ofrecer al perjudicado un pacto por el que Virginia lo cuidaría y lo tendría con ella en su compañía, gratuitamente, a cambio de recibir un beneficio económico únicamente a su muerte. La condición para cuidarlo era que el anciano vendiera la vivienda en la que vivía, para comprar con el dinero obtenido una vivienda en otra localidad, en donde él residiría, vivienda nueva en la que el perjudicado tendría el usufructo, en tanto que él tendría solamente la nuda propiedad y a la que se trasladarían para vivir ambos en ella. Esta versión fue confirmada por la prueba testifical proporcionada por un testigo de la defensa. Igualmente se tomó en consideración la documental pública, consistente en dos instrumentos jurídicos notariales que influyeron de manera decisiva en la convicción del perjudicado sobre la sinceridad de Virginia . El primero de estos dos instrumentos está constituido por una escritura de apoderamiento en favor de Virginia , en la que consta tanto la reserva de nuda propiedad como el usufructo del inmueble, así como el apoderamiento especial limitado para la venta de la vivienda del perjudicado. También constan las declaraciones del copropietario de la vivienda, quien confirmó la finalidad de las referidas operaciones inmobiliarias.

Finalmente, se leyó la declaración testifical del perjudicado fallecido, introducida en el juicio oral, de la cual se desprende que dicho señor no comprendió que otorgaba poderes, pensó que el testamento tenía por causa la voluntad de la acusada Virginia de asumir su custodia, al heredar la vivienda a la muerte del declarante.

Las acusadas, puestas de común acuerdo, adelantaron patrimonialmente los acontecimientos.

Documentalmente, por consiguiente, queda acreditado que la acusada Virginia , acompañada por la acusada y ahora recurrente Marí Jose , el día 6 de octubre de 2014, ingresaron parte del dinero sustraído al perjudicado en una cuenta de la titularidad exclusiva de Virginia , quien inmediatamente transfirió la totalidad del saldo a una cuenta de su titularidad, localizada en una entidad financiera de Rumanía. Tales actuaciones bancarias resultaron asimismo acreditadas, mediante la testifical en el juicio oral de dos empleados de las entidades financieras interesadas.

Una vez efectuadas dichas maniobras financieras, las acusadas abandonaron al perjudicado, quien quedó desasistido y privado de sustento, como se evidenció por la actuación policial tenida en cuenta por el Tribunal, gestión que consistió en el traslado del perjudicado a una residencia geriátrica. En este sentido declararon en el juicio oral los funcionarios policiales que llevaron a cabo tales actuaciones tuitivas, poniendo en marcha las investigaciones que permitieron incoar el proceso penal que ahora nos ocupa, tras la oportuna comunicación a dicha fuerza llevada a cabo por los servicios sociales competentes. Ante dicha situación, la acusada Virginia reintegró el dinero transferido a Rumanía, con la finalidad de detener las actuaciones investigadoras, tal como se deriva de la documental y la declaración de los empleados de los bancos, quienes indicaron que dicha suma fue bloqueada a disposición de la autoridad judicial competente.



Tomó en consideración el Tribunal de instancia la prueba médica relativa al estado mental del perjudicado, ratificada en el juicio oral, de la que se desprende que el perjudicado tenía deterioradas sus facultades mnemotécnicas y de concentración, lo que a juicio de los peritos médicos le hacía vulnerable al engaño.

Existió prueba suficiente, obtenida regularmente y de sentido incriminatorio, razón por la cual el motivo no puede prosperar.

Recurso de Virginia .

SEXTO. - En el primer motivo, esta recurrente, por el cauce autorizado en el art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia contradicción entre los hechos probados y los fundamentos jurídicos de la impugnada sentencia, así como contradicción entre los hechos probados y las pruebas practicadas en el juicio oral.

La única contradicción que constituye quebrantamiento de forma es, según una constante doctrina jurisprudencial, la que reúne las siguientes características: a) tiene que ser interna, es decir, producida dentro de la propia declaración de hechos probados, no pudiendo ser denunciada como contradicción la que se advierta o crea advertirse entre el "factum" y la fundamentación jurídica de la resolución; b) ha de ser gramatical o semántica, no conceptual, de suerte que no hay contradicción a estos efectos si la misma es resultado de los razonamientos, acertados o desacertados, de quien lee la declaración probada; c) la contradicción debe ser absoluta, esto es, debe enfrentar a términos o frases que sean antitéticos, incompatibles entre sí, e insubsanable, de forma que no pueda ser remediada acudiendo a otras expresiones contenidas en el mismo relato; d) como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de contrarios con la consiguiente destrucción de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación con la calificación jurídica en que consiste el "iudicium", lo que se suele significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causal y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas.

Examinada la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, no es posible encontrar en la misma una contradicción de las características enunciadas ni de clase alguna, en verdad, por lo que el motivo debe ser terminantemente rechazado.

SÉPTIMO. - En los motivos segundo y tercero, con distintas perspectivas, se denuncia la aplicación del subtipo agravado relativo al abuso de las relaciones personales existentes entre autor y víctima de la defraudación.

Se afirma en el factum que las acusadas, movidas por un ánimo de beneficiarse ilícitamente y puestas de común acuerdo para dicho fin, mediante engaño consiguieron convencer en el año 2014 a Jesús María , de 91 años de edad y con escasa capacidad de discernimiento por su avanzada edad y deterioro cognitivo, para que vendiera el inmueble en el que vivía, y del que era propietario de una mitad indivisa, por un precio de 60.000 €, de forma que tras firmar el contrato y proceder a la venta, las acusadas se quedaron con el importe de 30.000 € en efectivo, producto de dicha venta, incorporándolo a su patrimonio personal, sin que lo entregaran en momento alguno a Jesús María . Para ello se aprovecharon de su avanzada edad y su escasa capacidad de discernimiento por el deterioro de sus facultades cognitivas.

En suma, la mecánica operativa de la estafa que ahora enjuiciamos desde nuestra perspectiva casacional, queda reducida a un solo elemento: las acusadas se aprovecharon del deterioro mental del perjudicado, y con artimañas lograron convencerle para que dispusiera de su patrimonio, actuando de este modo movidas por un ánimo de beneficiarse. Aprovecharon, pues, las acusadas dicha situación de deterioro, y su relación con el mismo, que les permitía conducirlo a diversos lugares, induciéndolo a efectuar ingresos bancarios.

Y así, se declara probado que "...recogieron a Jesús María y lo llevaron con ellas el 25 de septiembre de 2014, a una sucursal del Banco de Santander. Al intentar ingresar un cheque nominativo por dicho importe a nombre de Jesús María en una cuenta cuya titularidad exclusiva era de Virginia , la apoderada de la entidad les dijo que no era posible dicha operación, por lo cual lo ingresaron en la cuenta de Jesús María ...".

Como sostiene la STS de 29-10-2009 , la importante exasperación punitiva que conlleva el subtipo agravado, ha de estar claramente justificada, con una nítida expresión en el "factum" del alcance e intensidad de esa relación, y de su significación causal respecto del debilitamiento de las cautelas que normalmente acompañan a la entrega de dinero. Por ello, no tiene razón el Fiscal cuando sostiene que existe un fundamento distinto a la agravación, que proporcionaría base suficiente para la agravación prevista en el art. 250-6º del Código Penal .

Hemos dicho (STS 383/2004, de 24 de marzo), que en cuanto a la apreciación del subtipo agravado previsto en el artículo 250.6º CP , abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, ha señalado la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 28 abril de 2000 y la 626/2002, de 11 de abril), la aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales del núm. 6º del artículo 250 del Código Penal queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en



todo hecho típico de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente, en definitiva un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa.

En el caso, las acusadas consiguieron que el perjudicado firmara el reintegro bancario, siendo así que Jesús María tenía menoscabado su grado de discernimiento por su situación de senilidad con demencia senil y dependencia de terceras personas para sus actividades básicas de la vida diaria, así como para su supervivencia.

Este aspecto es lo que ha originado el engaño del que se han aprovechado las ahora recurrentes.

Pero no puede ser objeto, de nuevo, de valoración en el referido subtipo agravado, sin conculcar el principio de la prohibición de la doble valoración de las circunstancias fácticas de la norma aplicada como injusto típico, que es una variante del principio de taxatividad (art. 4.1 C.P .), y resultante de las reglas penológicas que se disciplinan en el art. 67 del mismo Cuerpo legal .

No existen dos abusos de las relaciones personales entre víctima y defraudador, uno constitutivo de la estafa y el otro del subtipo agravado, sino solamente uno.

En consecuencia, procede la estimación de este reproche casacional, y el dictado de una segunda sentencia. Este motivo es de aplicación también a Marí Jose por el efecto expansivo del art. 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

OCTAVO. - En el motivo cuarto, y por estricta infracción de ley, se demanda la aplicación de la atenuante de reparación del daño.

De la secuencia fáctica, resulta que "...cuando Virginia tuvo conocimiento de la denuncia, con la intención de disimular su verdadero propósito y de convencer a Jesús María de que retirase su denuncia, transfirió de nuevo el dinero enviado a Rumania a una cuenta en España; pero el banco ya había ordenado, a propuesta de la Guardia Civil, el bloqueo del dinero transferido por Virginia desde Rumanía, por importe de 26.950 euros, que quedó retenido en una cuenta interna de la oficina bancaria a disposición del Juzgado, hasta nueva orden judicial, constando así en los autos...".

La atenuante de reparación del daño, requiere que la cantidad se entregue con la finalidad de indemnizar el daño causado, pero en el caso enjuiciado, no ha sido transferido el dinero, que ni siquiera llegó a la cuenta del perjudicado, con tal finalidad, sino con la intención de convencer a la víctima para que retirase la denuncia, disimulando cualquier propósito indemnizatorio.

El artículo 21.5 del código penal establece:

...Son circunstancias atenuantes:

5ª) La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

La actuación de la recurrente no tuvo por finalidad disminuir el daño, sino aparentar un designio restaurador realmente inexistente. Al respecto sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 20-10-2006 : La reparación debe ser suficientemente significativa y relevante, de manera que no es posible reconocer la consecuencia atenuatoria a acciones aparentes... Sin reparación real y efectiva, total o parcial, no puede haber atenuación.

Según la STS de 29-4-2005 , en todo caso no procede aplicar la referida atenuación si no consta una voluntad de reconocer la infracción cometida, puesto que la atenuante de reparación es (...) una forma de retorno del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito (...) lo decisivo es que exteriorice una voluntad de reconocimiento de la norma infringida.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

Costas procesales.

NOVENO. - Al proceder la estimación parcial del recurso de Virginia , que afecta con efectos expansivos, a Marí Jose , se está en el caso de declarar de oficio las costas procesales de esta instancia casacional (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

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



1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por las representaciones legales de las **acusadas DOÑA Virginia y DOÑA Marí Jose** , contra Sentencia núm. 662/2017, de 22 de noviembre de 2017 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia .

2º.- DECLARAR DE OFICIO las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por sus respectivos recursos.

3º.- En consecuencia, **CASAR y ANULAR** , en la parte que le afecta, la referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

4º.- COMUNICAR a la Audiencia de procedencia la presente resolución y la que seguidamente se dicta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 794/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 9 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación formulado por las representaciones legales de las acusadas DOÑA Virginia , Nie NUM000 , vecina de Carlet (Valencia) CALLE001 , NUM003 , nacida en Turnu Magurele (Rumania) el NUM004 de 1982, y DOÑA Marí Jose , Nie. NUM001 , vecina de Carlet (Valencia), CALLE001 , NUM003 , nacida en Urnu Mugurello (Rumania) el NUM005 de 1987, contra Sentencia núm. 662/2017, de 22 de noviembre de 2017 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia . El presente recurso de casación, por estimación parcial del mismo, se ha dictado Sentencia por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, bajo idéntica presidencia y ponencia, que ha casado y anulado la referida Sentencia de instancia, en base a los siguientes Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES DE HECHO.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS.- Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con lo razonado en nuestra anterior Sentencia Casacional, hemos de suprimir la agravación resultante del subtipo agravado previsto y penado en el art. 250.6º del Código Penal , e imponer la pena en dos años de prisión, en los parámetros dispuestos en el art. 249 del Código Penal .



FALLO

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

Que debemos condenar y condenamos a Virginia y a Marí Jose como autoras criminalmente responsables de un delito de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena, a cada una de ellas, de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, costas procesales por mitad, manteniendo el resto de los pronunciamientos del fallo de instancia, así como la absolución de Pelayo .

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

Susana Polo Garcia Carmen Lamela Diaz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ