

Roj: **STS 3611/2013 - ECLI:ES:TS:2013:3611**Id Cendoj: **28079120012013100556**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/06/2013**Nº de Recurso: **1853/2012**Nº de Resolución: **532/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP S 1795/2012,**
STS 3611/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación procesal de Jesús María y Andrés , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Tercera), de fecha 9 de julio de 2012 en causa seguida contra Jesús María y Andrés , por un delito de estafa, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y los recurrentes representados por el procurador don Ignacio Gómez Gallegos y por la procuradora doña Paloma Prieto González. Siendo **MagistradoPonente** el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 2 de Santoña, incoó procedimiento abreviado núm. 1730/2011, contra Jesús María y Andrés y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Tercera), rollo nº 30/2012 que, con fecha 9 de julio de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"PRIMERO.- Andrés , y su hijo Jesús María , mayores de edad, sin antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, puestos de común acuerdo, y movidos por un afán de ilícito enriquecimiento desde inicios del año 2008 y durante los primeros meses de ese año solicitaron préstamos a diversos vecinos de la localidad de Santoña donde aquellos residían, con quienes mantenían una relación de confianza, con la falsa promesa de devolución de lo percibido cuando los acusados cobrasen una subvención del Gobierno de Cantabria, a sabiendas de su situación personal de insolvencia y de que mediante resolución de la Directora Cántabra de Empleo de 30 de Octubre de 2.007 fue acordada la revocación y reintegro de la indicada subvención.

Con el procedimiento referido consiguieron la entrega de dinero de las siguientes personas: Florencio 5.665,90 euros, Mauricio , 2.000 euros, Zulima , 2.000 euros, Silvio , 820 euros, Luis Pablo 250 euros, Amador 96.000 euros, Coral , 4.000 euros, Damaso , 282 euros, Josefa , 300 euros, Ramona , 4.000 euros.

Damaso , Ramona , Luis Pablo y Josefa han renunciado al ejercicio de acciones civiles y penales.

SEGUNDO.- No se ha acreditado que Jesús María tuvieran afectadas las capacidades intelectuales y volitivas, en el momento de los hechos, a consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas o consumo de drogas.

TERCERO.- Los acusados han estado en prisión provisional por esta causa desde el día 11 de octubre de 2.009 hasta el día 26 de octubre de 2.009 (Andrés) y hasta el día 19 de noviembre de 2.009 (Jesús María)."



Segundo.- La Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Tercera, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Andrés Y Jesús María como autores, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:

1º.- De un delito de estafa agravada por el valor de la defraudación, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión con inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio durante la condena, y multa de 6 meses, con una cuota diaria de 6 euros, y con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

2º.- De un delito continuado de estafa no agravado, a la pena de 1 año, 6 meses y un día de prisión e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

3º.- Los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a las personas y entidades siguientes: Florencio , 5.665,90 euros; Zulima 2.000 euros; Silvio , 820 euros; Luis Pablo 250 euros; Amador 96.000 euros; Coral , 4.000 euros; Damaso , 282 euros; Josefa , 300 euros; Ramona , 4.000 euros.

4º.- Al pago de las costas procesales causadas".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, 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.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Andrés , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . **II.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por infracción de los arts. 21.6 , 66.1.1 , 248 , 249 y 74 del CP . **III.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de la prueba.

Quinto.- La representación legal del recurrente Jesús María , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . **II.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de la prueba. **III.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error en la valoración de las pruebas.

Sexto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 15 de enero de 2013, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de todos los motivos de los dos recursos que, subsidiariamente, impugnó.

Séptimo.- Por providencia de fecha 14 de mayo de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Octavo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 12 de junio de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de fecha 9 de julio de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria , condenó a los acusados Jesús María y Andrés , como autores de un delito de estafa agravado por razón de la cuantía y un segundo delito continuado de estafa, imponiéndoles las penas que han quedado reflejadas en los antecedentes fácticos de esta resolución. Se interponen sendos recursos de casación por ambos acusados, que van a ser analizados individualmente, sin perjuicio de las obligadas remisiones.

RECURSO DE Andrés

2.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

A juicio de la defensa la prueba practicada es básicamente testifical, contradictoria entre sí, y ha sido apreciada de forma ilógica e insuficiente. Entre las víctimas hay tres profesionales del derecho - Florencio , Mauricio y Amador - que no fueron destinatarios de ningún engaño. Algunos de los testigos no hablaron de subvención y no se ha practicado prueba alguna referida al ingreso de esas cantidades en la cuenta corriente de los imputados. Además, la sentencia da por probadas entregas y el engaño antecedente sin que los testigos - Silvio , Josefa y Ramona - comparecieran al juicio, por tanto, sin prueba bastante.

El motivo ha de ser parcialmente estimado.



El discurso impugnatorio del recurrente se basa en la equívoca idea de que la prueba testifical, sobre todo si se han detectado contradicciones entre los testigos, es insuficiente para destruir la presunción de inocencia. No es esto lo que hemos dicho en otros precedentes. Apuntábamos en nuestra STS 445/2008, 3 de julio, que ninguna relación existe entre el derecho a la presunción de inocencia y las supuestas contradicciones de los testigos. No forma parte del contenido material de aquel derecho la exigencia de que los testimonios sean coincidentes. La formulación del juicio de autoría, más allá de cualquier duda razonable, puede realizarse por el órgano decisorio, tanto a partir de unas declaraciones testificales contestes en lo esencial, como valorando las divergencias que aniden en aquéllas. Y eso es lo que, precisamente, ha llevado a cabo el Tribunal *a quo*.

Tampoco es cierto que los profesionales del derecho, sólo por esta circunstancia, no puedan ser objeto de un engaño determinante de un desplazamiento patrimonial en beneficio de un tercero. En la STS 213/2008, 5 de mayo, recordábamos que la ponderación del grado de credulidad de la víctima no puede hacerse nunca conforme a reglas generales estereotipadas. De hacerlo así se corre el riesgo de desproteger a quien por razón de sus circunstancias personales es más vulnerable y precisa de mayor tutela, pues la metodología del fraude admite estrategias bien distintas, con un grado de sofisticación variado. La sentencia de instancia da por probada una mecánica comisiva en la que ambos acusados, con el pretexto de la necesidad de hacer frente a deudas inaplazables y el anuncio de una inminente subvención pública que permitiría devolver el dinero, engañaron a personas de su entorno, que no dudaron en hacer entrega del dinero reclamado, importe que los acusados jamás pensaron devolver. Ninguna profesión blindada ante las maquinaciones fraudulentas de un tercero. En el presente caso, además, se da la circunstancia de que con alguno de esos profesionales había existido una relación de asesoramiento previo que, es perfectamente imaginable generara vínculos de confianza con capacidad para relajar las ordinarias cautelas.

Sí tiene, en cambio, razón el recurrente cuando lamenta que se haya incorporado al catálogo de delitos declarados probados el desplazamiento patrimonial logrado respecto de Silvio, Josefa y Ramona. Ninguno de ellos acudió al juicio oral. El Tribunal *a quo* no pudo, por tanto, conocer la versión de aquéllos, las circunstancias que determinaron la entrega del dinero. El delito de estafa exige la acreditación probatoria de un engaño que, en esos casos, carece de toda base probatoria. La lectura del acta (art. 988 LECrim), pone de manifiesto que ni siquiera se intentó por las acusaciones la incorporación de sus respectivos testimonios, mediante la lectura de lo declarado ante el Juzgado de instrucción, al material probatorio susceptible de valoración por el órgano decisorio.

En consecuencia, procede dejar sin efecto la condena por esos delitos, anulando la consecuente declaración de responsabilidad civil.

3. - El segundo de los motivos, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia infracción de ley, error de derecho en la indebida aplicación de los arts. 248, 249 y 74 del CP, así como inaplicación de los arts. 21.6 y 66.1.1 del CP.

A) Respecto de la denunciada inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, la defensa reconoce que el procedimiento no estuvo detenido más de un mes. Sin embargo, lamenta que se produjeran duplicidad de citaciones y gestiones innecesarias, que ralentizaron la marcha del proceso.

La nueva redacción del art. 21.6 del CP, considera atenuante " *la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*". No resulta fácil, desde luego, colmar el significado indeterminado de algunos de los vocablos empleados por el legislador. El carácter indebido, la naturaleza extraordinaria de la dilación y, en fin, la propia complejidad de la causa, no son conceptos susceptibles de fijación apriorística. La necesidad de operar con reglas no estandarizadas, sino adaptadas al caso concreto, se hace todavía más visible a raíz de la reforma operada por la LO 5/2010, 22 de junio.

Decíamos en la STS 70/2011, 9 de febrero, que mediante la redacción de esta circunstancia, el legislador ha acogido de forma expresa la jurisprudencia de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional acerca de los efectos del transcurso del tiempo en el proceso penal y, de modo singular, su incidencia en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2). Sigue, pues, con plena vigencia el cuerpo de doctrina elaborado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo apartado 6 del art. 21. De acuerdo con esta idea, la apreciación de la atenuante -antes y ahora- exige precisar en qué momentos o secuencias del proceso se han producido paralizaciones que deban reputarse indebidas. Hemos dicho que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca



suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama (SSTS 479/2009, 30 de abril y 755/2008, 26 de noviembre).

El nuevo precepto exige, de forma expresa, la concurrencia de una serie de requisitos: a) una dilación indebida en la tramitación del procedimiento; b) que esa dilación sea susceptible de ser calificada como extraordinaria; c) que no sea atribuible al propio inculpado y d) que el retraso no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Pues bien, la sentencia de instancia descarta la concurrencia de la atenuación con el argumento de que no se han especificado plazos concretos de dilación. Además, la pluralidad de afectados se tradujo en una cierta complejidad en la tramitación. Como destaca el Fiscal en su informe, los hechos enjuiciados fueron cometidos en los primeros meses del año 2008, siendo juzgados el día 2 de julio de 2012. La no especificación de períodos de paralización susceptibles de ser calificados como indebidos, impide la aplicación de la atenuante reivindicada en el motivo.

B) Denuncia el recurrente la indebida aplicación de los arts. 248 , 249 y 74 del CP , así como el art. 250.1.6 del CP .

a) El desarrollo del motivo se aparta de un presupuesto *sine qua non* para el éxito de la impugnación. Se trata, claro es, de la aceptación del hecho probado, que actúa como exigencia legal que, en caso de incumplimiento, provoca la inadmisión -ahora desestimación- del recurso entablado (cfr. art. 884.3 y 4 LECrim). Sostiene, además, que no existe en España la prisión por deudas y que la edad de Andrés en la fecha de los hechos era la de 73 años, dato que no ha sido tenido en cuenta para la subsunción de los hechos. Apunta que desde sus primeras declaraciones dejó claro que se trataba de créditos cuya falta de devolución nunca debería conllevar la condena por un delito de estafa.

No tiene razón el recurrente. Nuestro sistema no criminaliza el impago de deudas. Castiga el desplazamiento patrimonial obtenido mediante engaño idóneo para generar un error que, a su vez, vicia la voluntad del perjudicado. En eso consiste el delito de estafa del art. 248 del CP por el que ha sido formulada condena. Hemos dicho en numerosos precedentes que no basta con constatar un incumplimiento de alguna de las prestaciones pactadas por las partes. No faltan precedentes en esta Sala en los que el engaño se define como " *la espina dorsal* " del delito de estafa (cfr. por todas, SSTS 565/2012, 29 de junio ; 1092/2011, 19 de octubre , 61/2004, 20 de enero y 300/1999, 1 de marzo). Y es que el engaño ha de ser antecedente, no sobrevenido. Así lo viene declarando de forma reiterada la jurisprudencia de esta Sala. Ha de estar ligado causalmente con el perjuicio patrimonial, de manera que éste haya sido generado por aquél (837/2007, 23 de octubre; 414/2004, 25 de marzo y 415/2002, 8 de marzo). Es preciso que exista una relación de causalidad entre el engaño que provoca el error y el desplazamiento patrimonial que da lugar al perjuicio, de donde se obtiene que aquél ha de ser precedente o, al menos, concurrente al momento en que tal desplazamiento se origina. Por lo tanto, el engaño debe ser el origen del error, el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (SSTS 956/2003, 26 de junio y 270/2006, 10 de marzo). El engaño ha de ser causa del perjuicio, con lo que el dolo tiene que ser antecedente o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no admitiéndose el dolo sobrevenido (SSTS 1727/1999, 6 de marzo 2000 ; 1316/1997, 30 de octubre y 109/1999, 27 de enero). Que el engaño sea causal supone la existencia de un nexo de causalidad entre éste y la disposición patrimonial, de forma que ésta sea generada por el engaño que actúa como antecedente necesario sin el cual no se hubiese producido el acto de disposición (cfr. por todas, STS 161/2002, 4 de febrero).

Una lectura detenida del juicio histórico pone de manifiesto el empleo por parte de ambos recurrentes de una dinámica comisiva perfectamente subsumible en el delito del art. 248 del CP . En él se dice que ambos acusados, actuando previamente concertados e impulsados por el ánimo de lucro "... desde inicios del año 2008 y durante los primeros meses de ese año solicitaron préstamos a diversos vecinos de la localidad de Santofña donde aquéllos residían, con quienes mantenían una relación de confianza, con la falsa promesa de devolución de lo percibido cuando los acusados cobrasen una subvención del Gobierno de Cataluña, a sabiendas de su situación personal de insolvencia y de que mediante resolución de la directora cántabra de empleo de 30 de octubre de 2007 fue acordada la revocación y reintegro de la indicada subvención". Como puede apreciarse, los acusados nunca pensaron en devolver el dinero obtenido. Eran conscientes de su situación de insolvencia y sabían que la expectativa de obtención de una subvención pública estaba ya cerrada mediante una resolución administrativa denegatoria de la ayuda. La ocultación de su estado de insolvencia y la reiterada afirmación de que el ingreso procedente de la subvención pública era inminente, representan dos engaños determinantes de la entrega del dinero por los confiados prestamistas. El engaño, pues, se dibuja con absoluta nitidez y su concurrencia sirve de apoyo para afirmar el resto de los elementos que definen el delito de estafa.

De ahí que proceda la inadmisión del motivo (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).



b) También se queja el recurrente, por la vía del art. 849.1 de la LECrim , del hecho de que la entrega de 96.000 euros, realizada por Amador haya sido calificada como constitutiva de un delito del art. 250.1.6 del CP . Su reproche, aunque referido a la ausencia de engaño, da oportunidad a esta Sala para analizar el criterio de subsunción de la Audiencia, que ha calificado los hechos como constitutivos de dos estafas, una que integraría la que tuvo como víctima a Amador y otra que abarcaría el resto de las estafas, en la modalidad de delito continuado.

Que la entrega de 96.000 euros ha de ser calificada como un delito de estafa, no ofrece dudas. La obtención de esa cuantía por ambos acusados fue posible gracias a la misma estrategia engañosa desplegada con todos los perjudicados. Sin embargo, la Audiencia no dedica razonamiento alguno a explicar por qué aquel hecho se desgaja de la continuidad delictiva y da lugar a un delito autónomo. En el FJ 3º, al justificar la calificación de los hechos denunciados por Amador , señala que aquélla debe ubicarse en el art. 250.1.6 del CP , en la redacción anterior a la LO 5/2010, 22 de junio, "... al reconocerse como cantidad estafada la de 96.000 euros. Y dicha tipicidad descarta su aplicación como delito continuado".

No es fácil averiguar la razón por la que esa cuantía excluye el delito continuado. Antes al contrario, el relato de hechos probados describe una unidad de designio, un paréntesis cronológico relativamente próximo y una estrategia delictiva ajustada a un plan preconcebido, basado en el engaño sobre la propia solvencia, sobre la capacidad de devolución del dinero prestado y la inviable subvención pública que había sido solicitada fechas atrás. El tratamiento del delito continuado de estafa y la solución jurídica para aquellos casos en los que alguna de las acciones aisladas, por sí sola, ya supera el tope cuantitativo del tipo agravado del art. 250.1.6 del CP , ha sido objeto de tratamiento por esta Sala en numerosas resoluciones (cfr. SSTS 76/2013, 31 de enero ; 284/2008, 26 de junio , 199/2008, 25 de abril y 997/2007, 21 de noviembre) dictadas en ejecución del acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 30 de octubre de 2007, en el que esta Sala proclamó lo siguiente: "*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, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración*".

En consecuencia, existe un error de subsunción, en la medida en que el delito que tuvo por víctima a Amador tendría que haber sido sumado a la continuidad delictiva. Sin embargo, los principios que inspiran el derecho al recurso impiden ahora una rectificación en perjuicio del recurrente. De acuerdo con la jurisprudencia anotada *supra* y la pena establecida en el art. 250.1.6 del CP , en relación con el art. 74.1 del CP , la consideración de los hechos como delito continuado nos obligaría a imponer la pena de 1 a 6 años de prisión en su mitad superior, esto es, de 3 años, 6 meses y 1 día a 6 años. La sentencia recurrida ha impuesto dos penas de 1 año y 6 meses de prisión por cada uno de los delitos de estafa, el segundo de ellos, con carácter continuado. Ello supone una pena inferior a la que habría correspondido de calificar los hechos como integrantes de un delito único de carácter continuado. Ese error manifiesto del Tribunal *a quo* en el juicio de subsunción no puede ser ahora rectificado en perjuicio del recurrente y nos obliga a mantener intacta la pena impuesta -sin perjuicio de los efectos asociados a la estimación parcial del primero de los motivos-, desestimando el que ahora centra nuestra atención por su falta de fundamento y por no respetar el hecho probado (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

La Sala constata también un error en el fallo, en la medida en que se concede una indemnización a perjudicados que, según el juicio histórico, habían renunciando al ejercicio de la acción civil (Damaso , Ramona , Luis Pablo y Josefa). La falta de denuncia de esta incongruencia, que no ha sido razonada por ninguno de los dos recurrentes, hará que sea en ejecución de sentencia cuando se determine si alguna de esos pagos se habrían ya extinguido por la renuncia del beneficiado.

4. - El tercero de los motivos, con cita del art. 849.2 de la LECrim , denuncia infracción de ley, error de hecho en la valoración de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del juzgador.

La impugnación del recurrente está condenada al fracaso. Y es que el esfuerzo argumental que sostiene su discurso -como apunta el Ministerio Fiscal en su dictamen- toma como documento casacional lo que no son sino declaraciones personales -por más que se hallen documentadas- de los testigos que comparecieron en el plenario. Como ya hemos declarado en innumerables ocasiones -de las que las SSTS 546/2007, 12 de junio y 795/2007, 3 de octubre , son buena muestra-, ni las diligencias policiales, ni la declaración judicial del condenado ni, por supuesto, el acta del juicio oral, son documentos a efectos casacionales, conforme viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, cfr. STS 480/2003, 4 de abril). Tampoco tiene el carácter de documento y por tanto carece de virtualidad impugnatoria, el soporte auditivo o audiovisual en el que se ha grabado el juicio. (Cfr. STS de 196/2006, 14 de febrero y 284/2003, 24 de febrero).

Se impone la desestimación del motivo, por así exigirlo el art. 884.4 de la LECrim .

RECURSO DE Jesús María

5.- El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , sostiene vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

A) La línea argumental que inspira la impugnación es muy similar a la que sostiene el primer motivo de los formalizados por el otro recurrente. De ahí que se imponga una remisión a lo allí expuesto, anticipando que la estimación parcial del motivo aprovechará también a Jesús María . Por éste se insiste en que se trataba de préstamos "... por razones de amistad y de un auxilio económico voluntario movido por el sentimiento de piedad -caridad cristiana- puesto que la situación de pobreza que tenían era conocida por todo el pueblo".

Sin embargo, no es eso lo que pensaban quienes tras constatar la falta de devolución del dinero entregado y la puesta en escena de ambos acusados para simular su capacidad para devolver lo recibido, denunciaron los hechos y expresaron la verdadera motivación por la que habían hecho entrega del dinero, que no era otra que el engaño padecido. No es fácil explicar la entrega de más de 100.000 euros como respuesta a un puro sentimiento de solidaridad con los recurrentes, ni siquiera como ayuda para superar los problemas de drogadicción de Jesús María . La declaración de los perjudicados, la explicación que éstos ofrecieron acerca de las razones que les impulsaron a la entrega de esas cantidades y, en fin, los viajes descritos por algunos de los denunciados para la práctica de supuestas gestiones ante entidades bancarias u organismos administrativos, son elementos de cargo de suficiente peso incriminatorio como para descartar cualquier vulneración del derecho constitucional que se dice infringido.

B) La censura se enriquece ahora con el hecho de que la sentencia recurrida se limita a copiar la primera de las conclusiones del Ministerio Fiscal. Con ella el motivo se aproxima más a lo que podría ser un quebrantamiento de forma que una vulneración frontal del derecho a la presunción de inocencia. Es cierto que la incondicionada asunción por el órgano decisorio del relato de hechos ofrecido por cualquiera de las acusaciones expresa una metodología que no debería ser imitada. Lo deseable es que el Tribunal, asumiendo el objeto del proceso, tal y como ha sido delimitado objetiva y subjetivamente en la pretensión acusatoria, opere sobre el mismo como lo que es, a saber, el presupuesto fáctico sobre el que construir el juicio de subsunción, siempre a la vista del desenlace probatorio que haya ofrecido el plenario. Pese a todo, el que esa forma de concebir la redacción del factum sea mejorable, su utilización no conlleva, de forma necesaria, la sanción de nulidad.

En efecto, esta Sala ha aceptado de forma expresa la posibilidad de integrar el hecho probado mediante la copia literal del escrito de acusación del Fiscal. Las SSTS 249/2011, 1 de abril y 1693/2003, 11 de diciembre , entre otras, recuerdan que nada impide al Tribunal recoger los hechos contenidos en uno de los escritos de acusación si entiende que se corresponden adecuadamente con el resultado de la prueba, siempre que ese relato fáctico reúna los requisitos precisos para no incurrir en el error in iudicando previsto en el art. 851.1 de la LECrim . En el caso entonces enjuiciado, el Tribunal había aceptado el relato fáctico contenido en la acusación del Ministerio Fiscal, que resultaba perfectamente inteligible, descartando el defecto denunciado.

Procede la desestimación del motivo (arts. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

6. - El segundo de los motivos, al igual que sucedía con el formalizado por el otro recurrente, se ampara en el art. 849.2 de la LECrim . Sin embargo, su argumentación se construye a partir de declaraciones testimoniales que, como ya hemos anotado *supra*, carecen de idoneidad casacional. Se menciona la insuficiencia de los supuestos recibos justificantes y se alude a que uno de ellos, el suscrito por Damaso por un importe de 282 euros fue firmado por Florencio , no por el recurrente.

El motivo, en la medida en que se aparta de la exigencia impuesta por el art. 849.2 de la LECrim , ha de ser desestimado.

En cuanto al valor probatorio del documento a que alude la defensa, bastaría señalar que la sentencia de instancia ha interpretado el significado de ese documento y explicado la razón de la presencia del procurador Florencio , que no tenía otra razón de ser que el deseo de los acusados de "... reforzar ante otras personas la credibilidad y confianza en las demandas de dinero" (cfr. apartado 5, FJ 1º de la sentencia recurrida).

7. - El tercer motivo, sin reseñar el apartado concreto del art. 849 de la LECrim sobre el que se construye la discrepancia, sostiene que la resolución combatida debió haber apreciado la disminución de la culpabilidad a la vista de la drogadicción padecida por el recurrente. Existen sendos informes -se razona- de los psicólogos de Proyecto Hombre y Centro Comarcal de Drogodependientes que acreditan el dato objetivo de la drogadicción. Una persona que ingrese en cualquier centro de deshabituación es porque cumple con el requisito primigenio de ingreso, a saber, ser drogadicto. La Audiencia "... considera estos centros una especie de <peña deportiva o



club social> donde las personas van a pasar el día sin motivo aparente, siendo todo lo contrario la labor de estos centros es impagable al tener como fin reinsertar a estas personas enfermas a la sociedad".

El motivo está condenado al fracaso.

No basta ser drogadicto para obtener la aplicación de la atenuante de drogadicción, incluso, muy cualificada, como sostiene la defensa. En efecto, en el presente caso, la ofensa del bien jurídico no es el resultado de un acto irreflexivo, empujado por la adicción a las drogas o el deterioro psicossomático asociado al consumo prolongado de estupefacientes. El acusado despliega notables habilidades persuasivas para convencer a sus víctimas de la necesidad de distintas aportaciones económicas. La propia metodología puesta al servicio de su afán lucrativo -alegación de necesidad, gestión ante entidades bancarias, obtención de subvenciones públicas ofrecidas por la administración autonómica- no es la propia de una persona con afectación de su imputabilidad.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo -como recordábamos en nuestras sentencias 209/2008, 28 de abril y 4457/2007, 12 de junio - ha llevado a cabo una renovada interpretación del régimen jurídico-penal de las toxicomanías adaptada a la verdadera influencia de aquéllas en la capacidad de culpabilidad de quien la padece (cfr. STS 28/2004, 1 de marzo). Pero por más flexibilidad que quiera atribuirse a la aplicación, su marco jurídico no puede desconectarse de una exigencia clave que se desprende del artículo 21.2 del CP, a saber, su significación causal, su perturbadora influencia en la voluntad del acusado. El desarrollo del motivo asocia la disminución de pena a la constatación puramente objetiva del contacto con las drogas, al margen de su verdadera influencia en la capacidad de culpabilidad. Con ello se propugna una concepción de la atenuante de aplicación automática, ligada al segmento de la población que, en uno u otro momento ha podido tener relación con alguna sustancia estupefaciente. Y ello implica, desde luego, apartar la atenuación del fundamento que le es propio.

Los Jueces de instancia han explicado en el FJ 5º de la sentencia recurrida que en la franja cronológica situada entre los años 2008 y 2009 no existe prueba del estado de la adicción, pues hasta el día 20 de abril de 2010 el acusado no inició el programa de terapia ante el *Proyecto Hombre Vélez- Málaga*, ingresando en la segunda fase el 2 de diciembre de 2010, abandonando su estancia el 11 de marzo de 2011. También analiza la Audiencia el informe ofrecido por la psicóloga del *Centro Comarcal de Drogodependencias y Adicciones de Vélez-Málaga*, fechado el día 13 de junio de 2012. En él se apunta que la información obtenida se basa exclusivamente en la información ofrecida por el interesado y algún familiar.

De ahí que no haya habido el error valorativo que se denuncia. Resulta obligada la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

8. - Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos HABER LUGAR** al recurso de casación promovido por las respectivas representaciones legales de Andrés y Jesús María, contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2012, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, en causa seguida contra ambos por los delitos de estafa, **casando y anulando** dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin **D. Luciano Varela Castro** D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Junio de dos mil trece.

Por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria, en el procedimiento abreviado núm. tramitado por el Juzgado de instrucción núm. 2 de Santoña, se dictó sentencia de fecha 9 de julio de 2012, que ha sido **casada y anulada** por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del *Tribunal Supremo* integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la **ponencia** del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gomez, se hace constar lo siguiente:



I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida.

En el relato de hechos probados se suprime la referencia a las entregas efectuadas por Silvio (820 euros), Josefa (300 euros) y Ramona (4.000 euros).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - Por las razones expuestas en el FJ 2º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación parcial del primero de los motivos entablados por ambos recurrentes, declarando que la incorporación al factum, en calidad de hecho probado, de las entregas realizadas por Silvio , Josefa y Ramona , es contraria al derecho constitucional a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE . El Tribunal *a quo* no pudo contar, a la vista de la incomparecencia de esas tres personas, con dato probatorio alguno para estimar acreditada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos que definen el delito de estafa.

2. - La eliminación de tres de los hechos que integran el delito continuado por el que los recurrentes han sido condenados a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, impone la adecuación de la pena a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad, reduciendo la pena impuesta a la extensión de 1 año de prisión.

III. FALLO

Se deja sin efecto las penas de 1 año y 6 meses de prisión impuesta por el tribunal de instancia a Andrés y Jesús María , como autores de un delito continuado de estafa no agravado -apartado 2º del fallo de la sentencia recurrida- y se condena a ambos, como autores del mismo delito, a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia -con especial referencia a la pena asociada al delito del apartado a) de la sentencia de instancia- en lo que no se oponga a la presente.

Anulamos también el pronunciamiento de responsabilidad civil fijado en el fallo a favor de Silvio , Josefa y Ramona .

Se declaran de oficio las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Luciano Varela Castro D. Manuel Marchena Gomez D. Antonio del Moral Garcia

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