



Roj: **STS 1781/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1781**

Id Cendoj: **28079120012019100344**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2019**

Nº de Recurso: **1924/2017**

Nº de Resolución: **262/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 262/2019

Fecha de sentencia: 24/05/2019

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1924/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial Sta. Cruz de Tenerife, Sección Quinta

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1924/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 262/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 24 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Julio**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, que le condenó por delito de estafa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Sra. Fernández Muñoz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Santa Cruz de Tenerife incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1972 de 2013 contra Julio y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, que con fecha 31 de marzo de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que: 1º Los acusados Julio, con D.N.I. NUM000, y Maximiliano con D.N.I. NUM001, como Presidente-director y Tesorero, respectivamente, del Grupo Musical "DIRECCION000", de común acuerdo urdieron un plan con propósito de obtener un beneficio económico ilícito, consistente aquél en hacer creer a varias personas que organizarían una gala benéfica con la finalidad de repartir entre los padres de unos niños con enfermedades raras el dinero que obtuvieran para sufragar los gastos inherentes al tratamiento que precisaban, de manera que en ejecución del mismo no sólo engañaron a los padres de los menores afectados, Doña Justa madre de la menor Marina, a Doña Matilde madre de los niños Bernardo y Alfredo, y a D. Constantino, padre del menor Ernesto, quienes en la confianza que les inspiraban los acusados al ofrecerse a organizar la gala benéfica, autorizaron a los acusados a utilizar los nombres y hasta fotografías de sus hijos como reclamo, sino que igualmente, en ejecución de dicho plan, convencieron a varios artistas conocidos para que colaboraran y actuaran de forma altruista en la gala, actuando sin cobrar nada, como de la misma manera hicieron creer al dueño del local-restaurant y al técnico de sonido que se trataba de una gala cuyos íntegros beneficios se repartirían entre estas tres familias, y así D. Genaro, propietario del Restaurante "DIRECCION001", sito en DIRECCION002, les cedió gratuitamente el local y ofreció a los asistentes una cena a precio de coste (10 € menú de adulto y 8 € menú de niño), reclamándoles exclusivamente el pago de la mitad de comensales, cuando al evento organizado acudieron más de trescientas personas y todas ellas abonaron la entrada (20 €, 18 € anticipada y 12 € los niños); así como también lograron con tal ardid que D. Julián, técnico en iluminación y sonido, montara y dirigiera los equipos para el espectáculo donando 300 € de sus emolumentos habituales que son 600 €. Además, solicitaron de empresarios de la zona, familiares y amigos de los niños que vendieran el mayor número de entradas posibles a fin de que las ganancias fueran mayores, sin voluntad de distribuir los citados beneficios para dichas finalidades altruistas, recaudándose entradas de personas que ni siquiera fueron, y que pagaron por mera liberalidad. Finalmente en ejecución de dicho plan, en la tarde noche del día 10 de noviembre de 2012, tuvo lugar la cena baile benéfica que se celebró en el Restaurante "DIRECCION001", que está sito en la localidad de DIRECCION002 (t.m. de DIRECCION003), 2º.- Terminada la cena-gala, los imputados, que recaudaron entorno a 5000 € por las entradas y 1000 € por las rifas (durante la celebración realizaron rifas, a razón de 2 € por boleto), en ejecución del citado plan hicieron suyas la totalidad de dichas cantidades destinadas a ser repartidas entre los padres de los niños enfermos con la finalidad de sufragar los gastos inherentes al tratamiento que estaban precisando, procediendo ambos acusados, Julio y Maximiliano, en aquella época pareja, a desplazarse la misma tarde del día siguiente al Sur a gastarse parte de lo recaudado en la compra de un equipo de música, no abonando al propietario del Restaurante los 1.243,20 € convenidos por el coste de la cena, ni al técnico de sonido los 300 € de sus honorarios, pese a haberles entregado a ambos en esa misma noche del evento sendos cheques, que nunca pudieron cobrar al estar la cuenta corriente contra la que se libraron sin fondos, de lo que eran conscientes. 3º.- El resto de los miembros del Grupo Musical, entre los que se encontraba el acusado Rodrigo, con DNI NUM002, desconocía las intenciones de ambos acusados, habiendo actuado en la organización del evento, venta de entradas, atención de artistas, obtención del menú y actuaciones, con pleno desconocimiento de que el dinero recaudado y que el tesorero, Maximiliano, custodiaba, no se iba a destinar al fin acordado, lo que sería denunciado una vez conocido por una de los miembros del Grupo, Rita, quien se lo hizo saber a los padres beneficiarios. Precisamente a éstos, los padres de los niños afectados, pasados los días y ante sus reclamaciones, el imputado Julio les ingresó en sus respectivas cuentas corrientes, solamente 60 € en favor de la niña Marina y 62,20 € en favor del niño Ernesto. 3º.- El acusado Julio ha sido anterior y ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, firme el 15/10/2012, recaída en la causa 343/2009, como autor de un delito de estafa, al cumplimiento de una pena de 3 meses de trabajos en beneficio de la comunidad".



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

"Vistos los arts. citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación LA SALA HA DECIDIDO 1º.- ABSOLVER a Rodrigo del delito de estafa del que venía siendo acusado con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio. 2º.- CONDENAR al acusado Julio como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248 y 250.1.1º del CP (al recaer sobre bienes de reconocida utilidad social), en relación con el art. 74.2 del C.P. concurriendo la agravante de reincidencia del art. 22.8 C.P. Y 66.3 C.P. a la pena de TRES AÑOS y OCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y MULTA de 10 meses a 5 euros día con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago y costas proporcionales. 3º.- CONDENAR a Maximiliano como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248 y 250.1.1º del CP (al recaer sobre bienes de reconocida utilidad social), en relación con el art. 74.2 del C.P. Sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de UN AÑO y OCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y MULTA de OCHO MESES con idéntica cuota de 4 euros, con idéntica responsabilidad subsidiaria y abono de costas proporcionales. Ambos acusados, Julio y Maximiliano, deberán indemnizar conjunta y solidariamente a los perjudicados en sumas indicadas en el fundamento sexto con los intereses legales del art. 576 LEC. Solicítese del Juzgado de Instrucción la conclusión en legal forma de la pieza de responsabilidad civil. La presente resolución no es firme al ser susceptible de recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a preparar ante esta Sala en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación, mediante escrito suscrito por Abogado y Procurador".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Julio**, que se tuvo por 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 interpuesto por la representación del acusado **D. Julio**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- De conformidad con el art. 5.4 L.O.P.J., por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., habiéndose infringido el art. 248 del C. Penal, al no ser los hechos constitutivos de un delito de estafa.

Segundo.- De conformidad con el art. 5.4 L.O.P.J., por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., habiéndose infringido el art. 250.1º del C.P. al no recaer el supuesto delito sobre bienes de reconocida utilidad.

Tercero.- De conformidad con el art. 5.4 L.O.P.J., por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., habiéndose infringido el art. 74.2 del C.P., al no ser constitutivos los hechos de un delito continuado.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., habiéndose infringido el art. 22.8 del C.P., al no concurrir la agravante de reincidencia.

Quinto.- De conformidad con el art. 5.4 L.O.P.J. en relación con el art. 786.2 de la L.E.Cr. por infracción de los arts. 24 y 25 de la C.E., por carecer la acusación particular de legitimación para acusar.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de mayo de 2019, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por Julio, contra la Sentencia dictada el día 31 de marzo de 2017, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que condenó al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa de los arts. 248 y 250.1.1º del CP (al recaer sobre bienes de reconocida utilidad social), en relación con el art. 74.2 del C.P. concurriendo la agravante de reincidencia del art. 22.8 C.P. Y 66.3 C.P. a la pena de TRES AÑOS y OCHO MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo y MULTA de 10 meses a 5 euros día con responsabilidad personal subsidiaria caso de impago y costas proporcionales.

SEGUNDO.- 1.- De conformidad con el artículo 5.4 LOPJ, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiéndose infringido el artículo 248 del CP, a no ser los hechos constitutivos de un delito de estafa.

Se cuestiona por el recurrente la consideración de los hechos probados como constitutivos de un delito de estafa, señalando que los testigos que declararon en el plenario no fueron forzados o manipulados



psicológicamente para hacer las entregas o donaciones dirigidas para la causa benéfica, por lo que dichos actos no han sido movidos por el engaño, que de la declaración de los testigos se desprende que todas las disposiciones han sido efectuadas de forma voluntaria y que el propietario del local cedió este gratuitamente de forma voluntaria reclamando únicamente el pago de la mitad de los comensales, así como el técnico de iluminación que cobró menos dinero, que la cantidad que se abonó a los padres de los niños fue la acordada.

Pretende el recurrente, pues, que todo el operativo parte del voluntarismo en los pagos por la asistencia y la colaboración desinteresada del resto, lo que el Tribunal descarta de forma motivada, ya que apunta que:

"Los hechos declarados probados constituyen un delito de estafa de los arts. 248 y 249 del CP al haber obtenido ambos acusados, **mediante engaño descrito (consistente en hacer aparentar que se trataba de una recaudación benéfica para atender un fin altruista), la suma de más de 6500 euros, induciendo a error tanto al dueño del restaurante, como al técnico del sonido e iluminación como a los artistas que se prestaron a colaborar en la gala así como a los más de 300 comensales a efectuar un desembolso, que no hubieran efectuado de conocer las verdaderas intenciones de los acusados de quedarse íntegramente con lo recaudado en la cena y en las rifas**, disponiendo sin autorización alguna de dichas cantidades en sus propios beneficios y en perjuicio de los denunciados, a cuyo favor se publicitó falazmente la señalada gala.

... en el presente caso lo estimamos plenamente idóneo, pues se hizo abusando de la solidaridad ajena, al presentar un modo de recaudar para un fin loable. Por ello el engaño empleado en el caso actual, delimitado tanto por la característica de ser bastante como por la idoneidad para generar el error en otra persona, es claramente subsumible en el tipo penal de la estafa. Los acusados aprovechando la situación de crisis del sistema y la carestía de los tratamientos médicos, y al proliferar estos actos de solidaridad, no escatiman en engañar a todos para su exclusivo beneficio, y ello con independencia de que en todo caso, el disponer y hacer suyo lo recaudado, tal y como reconoció el propio acusado Julio, ya hubiera constituido de por sí un delito de apropiación indebida (que con carácter alternativo introdujo el Ministerio Fiscal), de idéntica trascendencia punitiva.

No obstante, la sala estima que todo estaba ideado por los acusados, Julio y Maximiliano de antemano, y por ello consideramos que existió engaño precedente y cometieron una estafa. En este aspecto, el dolo se aprecia cuando el autor conoce que con los actos que ejecuta está poniendo de manifiesto al sujeto pasivo del engaño una situación que aparenta ser real pero que no lo es en alguno de sus aspectos relevantes, induciéndole con ello a realizar un acto de disposición del que resultará un perjuicio propio o de tercero. Y que, con ese conocimiento, decide ejecutar aquellos actos. Precisamente entendemos que el concurso de tal elemento subjetivo lo evidencian dos datos fundamentales, uno, la entrega esa misma noche a ambos engañados de sendos cheques sin fondos (Julio así lo afirma, reconoce que carecía de fondos, y Maximiliano, tesorero igualmente debía de constarle, pues manejaba los apuntes contables) con la única finalidad de dar tiempo para culminar el expolio, y en segundo término, el disponer de los fondos al día siguiente, domingo, comprando un equipo de música, conscientes que no iban a distribuir beneficio alguno, ni a pagar los cheques librados. Junto a tales datos, que a nuestro juicio consideramos reveladores de la previa intención de los acusados, nos encontramos con las explicaciones absurdas y exculpatorias de ambos acusados, quienes no tienen escrúpulos en manifestar que pactaron distribuir sólo 60 euros de beneficios para cada familia, cuando ello es contradicho hasta por los miembros del grupo. No obstante la calificación alternativa, es lo cierto que en toda apropiación indebida hay un abuso de confianza, igualmente predicable en la mayoría de los casos en la estafa, pues precisamente ello facilita el manejo embaucador de las conciencias solidarias, pero como ha dicho el TS aun cuando el delito de apropiación indebida coincide con el de estafa, en el resultado, o sea, en que hay un enriquecimiento a costa del perjuicio de un patrimonio ajeno, sin embargo hay entre ambos una diferencia sustancial respecto al dolo específico de los mismos, pues mientras en la estafa, consiste en el empleo de maquinaciones engañosas para sorprender la buena fe y la credibilidad del sujeto pasivo, en la apropiación indebida no es el engaño, sino el abuso de confianza que aquél depositó en el autor del delito".

Valoración de la prueba por el Tribunal.

La valoración de la prueba por el Tribunal en cuanto a la concurrencia de las declaraciones que llevaron al Tribunal a la plena convicción de la autoría de la estafa por la concurrencia de un engaño bastante derivado de un dolo antecedente en cuanto al objetivo real del acto dirigido a obtener un enriquecimiento injusto, en lugar del fin solidario que alegaban para niños enfermos se desprende de la siguiente prueba que valora el tribunal con inmediación y correcta motivación:

1.- Resumen global de prueba:

"Las testificales de las personas engañadas, así el dueño del restaurante, técnico de iluminación y artistas que actuaron de forma gratuita cediendo su tiempo y dinero en la creencia, todos ellos, de que se trataba una gala benéfica, así como los padres de los cuatro niños con enfermedades raras, que igualmente fueron engañados

para autorizar el uso de la imagen y nombre de los niños, a ambos acusados, que sin el menor escrúpulo, no dudaron en obtener de este modo el dinero de multitud de personas, más de trescientas, que abonaron la entrada en la creencia de que realizaban un acto de liberalidad a favor de esas familias, cuya desgracia acumula mayores gastos para atender costosos tratamientos médicos, así otros miembros del Grupo, ajenos a los manejos de ambos acusados expusieron en el plenario que la idea, que partió de Julio y Maximiliano, era realizar una gala benéfica, desconociendo la verdadera intención de ambos de montar la misma para quedarse con los fondos recaudados, como la documental obrante en autos y que fue introducida en el plenario mediante su exhibición, como han sido, además del cartel anunciador, ambos cheques sellados en su presentación al cobro (63 y 67) y la hoja histórico penal de Julio obrante al folio 76 y ss., quien no sólo aparece condenado por delito de estafa con posterioridad a estos hechos en sentencia firme de 21 de febrero de 2013, sino que al cometer los mismos el 10 y 11 de noviembre de 2012, acababa de ser ejecutoriamente condenado el 15 de octubre de ese año por idéntico delito de estafa".

2.- Detalle de la prueba:

Detallamos las pruebas que han sido tenidas en cuenta por el Tribunal para su conclusión condenatoria.

"a.- **Los tres padres de los niños enfermos**, D^a Eufrasia, D^a Matilde y D^o Constantino, coincidieron en señalar que fue el acusado Julio el que contactó con ellos y se ofreció a organizar una gala benéfica para distribuir entre ellos los beneficios.

En concreto Eufrasia y Constantino afirmaron que lo fue a través de las redes sociales, Facebook y luego por teléfono.

El caso de D^a Matilde fue distinto, pues se lo dijo su sobrino Jaime, que era del grupo y actuaba en la creencia de los buenos propósitos de Julio y Maximiliano, apareciendo igualmente engañado.

Con tal **creencia accedieron a que usaran la imagen y nombre de sus pequeños**.

En anteriores ocasiones -salvo Matilde- ya habían obtenido los beneficios de galas benéficas semejantes, gracias a la solidaridad.

Todos coinciden en que los beneficios a repartir eran la totalidad, pues salvo el caso de Matilde, a quien no se le abonó nada, los otros manifestaron que lógicamente por sesenta euros no hubieran permitido el uso de la imagen y nombre de sus hijos, ni se hubieran prestado a ello.

Es más, como aclaró D^a Eufrasia, ella vendió entradas a sus familiares, más de veinte, y lógicamente por 60 € a recibir ni ella lo hubiera hecho ni sus familiares comprado las entradas.

Se dijo que hubo mucha gente que compró entradas y no fue, acreciendo a lo recaudado, pues se volvieron a vender en la puerta donde estaba Maximiliano y el padre de Julio.

En todo caso, se sintieron engañados y ello les ha causado muchos perjuicios, pues la gente no confía en las citadas galas benéficas, ni los artistas se prestan, y en época de crisis les ayudó a atender los cuantiosos gastos del tratamiento de los pequeños. Ninguno de ellos conocía con anterioridad a los acusados. Y sería la compañera del grupo, Rita, la que les informaría de lo ocurrido días después, pues tras la gala, que fue un éxito, ya que hubo un lleno total (más de trescientas personas), Julio les dijo que una vez hicieran cuentas repartiría el dinero y se lo ingresaría.

b.- El testimonio de D^o Genaro, propietario del restaurante " DIRECCION001 " fue claro y preciso, al determinar que a él lo engañaron y con tal puesta en escena, efectuó el desembolso necesario para atender a los comensales, e incluso, el coste mínimo pactado no se le abonó, pues le entregó esa noche un cheque que jamás cobró, dándole largas el acusado Julio.

Así, manifestó que contactaron con él Julio y Rodrigo, y les dijeron que iban a celebrar una cena benéfica a favor de niños con enfermedades raras.

Nunca le dijo Julio que la recaudación era para repartir entre el grupo y una parte para los padres, pues en tal caso no hubiera contribuido.

Precisamente por ser la finalidad íntegramente benéfica consistió en contribuir, de modo que pactó un precio a costo (10 y 8 euros) y sólo cobraría 130 comensales (los 1243,20 €), y él donaría el gasto de los demás, pues según aclaró, acudirían más de 300 personas y nadie se quedó sin cenar. Al final no cobró nada, pues esa noche Julio le dijo que le daría un cheque, siendo rellenado por una chica, y firmado por Julio, que nunca pudo cobrarlo (está corroborado por la documental del efecto cambiario presentado al cobro al folio 63). Ante ello, él llamó a Julio y le manifestó que estaba esperando una subvención del Ayuntamiento, lo



que evidencia que nunca tuvo intención de pagarle la cena, pues esa noche tenía dinero recaudado y nada le impedía hacer el abono.

c.- **El técnico de iluminación.** Julián . Contacta con él Julio , le dice que es gala íntegramente benéfica y de este modo consigue que renuncie a parte de sus honorarios para que ello incremente el dinero a repartir entre los beneficiarios (pues suele cobrar de 600 a 1000 euros y que él no hubiera actuado así de no ser una gala enteramente benéfica), señalando el testigo de forma rotunda que habló con Julio y con Maximiliano , y fue éste último el que le dio el cheque que no podría nunca cobrar (está corroborado por la documental del efecto cambiado presentado al cobro al folio 67). Aclarando a preguntas de la acusación que ambos acusados actuaron en la organización del acto, y añade que hubo lleno total, más de trescientas personas, y que él calcula que con unas ganancias de unos 5000 por la cena más las rifas, por lo bajo.

Que conoce a los artistas que intervinieron en la gala y lo hicieron de forma gratuita. Señalando finalmente que cuando se dirige a Julio , éste le dice que no le puede pagar pues "el dinero se lo quedaron íntegramente los padres de los niños". Ambos testimonios dejan claro el modus operandi de ambos acusados, y ello viene además corroborado por el testimonio de Berta y Jose Augusto , ambos artistas-cantantes que se prestaron a actuar de forma gratuita y desinteresada por ser una gala íntegramente benéfica a favor de los niños enfermos, según les dijeron. Ambos coinciden en no haber actuado de ser de otra forma (como reparto de beneficios con el grupo o similar) y ser Julio quien contactó con ellos, aunque el día de la gala estaban los tres acusados como organizadores, estando el salón lleno, con más de trescientas personas.

d.- **Los tres componentes del Grupo** , que se sintieron igualmente defraudados, lo deja patente.

"Así, Rita , cuyo comportamiento tras conocer los manejos de sus dos compañeros aleja cualquier sospecha de connivencia, pues fue quien comunicó a los padres de los niños lo que Julio y Maximiliano habían realizado, así como igualmente se interesó en saber si el técnico del sonido y el dueño del restaurante cobraron; fue tajante, clara y precisa, y el Tribunal le dota a su testimonio de máxima credibilidad, al afirmar que la iniciativa fue de Julio y Maximiliano , que eran pareja, y nunca dijeron que se repartiría dinero entre grupo, sino que les dijeron que era una gala benéfica a repartir íntegramente entre los niños a partes iguales, pagar el restaurante y el sonido e iluminación.

Ella distribuyó entradas en tres puntos de venta, e incluso el Restaurante DIRECCION004 (uno de los puntos de venta) adquirió 30 entradas y sólo fueron 8 personas, y les dijo que era una gala íntegramente benéfica. El dinero recaudado se dio a Maximiliano que era quien llevaba la recaudación, era el tesorero y llevaba un libro de cuentas.

Esa noche la recaudación ascendería a más de 5000 euros, pues había más de 300 personas y unas 100 rifas a 2 euros, aunque también se hicieron rifas de 5 € y hubo ventas de entradas que no se usaron, o se volvieron a vender, y toda ella se la llevó Maximiliano .

Del mismo modo Adrian , miembro del grupo musical, coincide con Rita en quienes fueron los que idearon y les expusieron que participaría en una gala íntegramente benéfica, y que los organizadores fueron los dos acusados, Maximiliano y Julio , aunque Rodrigo le dijo pasado un tiempo, que había cobrado de la gala (y él la achacó a ésta).

Pero tal afirmación no es muy precisa. Maximiliano era el encargado de la custodia y la realización de los pagos, habiendo presenciado la entrega de cheques, e igualmente aclara que tenía un cuaderno de recaudación. El lunes siguiente, cuando fue al local que usaban en los ensayos vio allí un equipo de sonido que lo habrían comprado con ese dinero. Y por último Bernardino , identifican a ambos como los que idearon la gala y eran los que cobraban y ya con anterioridad, en otras actuaciones, se habían quedado los dos el dinero y a ellos no les pagaron. Coincide en la finalidad de la gala que les fue expuesto a ellos, hasta el punto de comentárselo él a su prima Matilde , pues tenía dos niños con enfermedades y le echarían una mano. Señala a Maximiliano como el encargado del dinero recaudado y cómo fue con Julio y Maximiliano al sur (DIRECCION005) el domingo por la tarde donde ambos compraron un equipo de sonido.

e.- **Declaración exoneratoria del recurrente no creíble a juicio del Tribunal:**

El acusado Julio , quien reconoce que ha sido condenado en siete ocasiones, y dos de ellas por estafa, trata de achacar al grupo musical en su totalidad la idea de la gala, así como que la finalidad no era enteramente benéfica sino de presentación de una maqueta de música con tres nuevas canciones y obtener también fondos para ellos, así como que sólo se acordó dar 60 euros a cada padre. Tales extremos son contradichos por el resto de los testigos, y especialmente, como hemos visto, por los miembros del grupo que declararon. El niega –lo que es contradicho por los propios padres– ser quien transmitió tal decisión a los padres, afirmando que fue Rita , y fue a ella a quien los padres autorizaron para usar la imagen de los niños. Los padres insisten en ser Julio quien contactó con ellos por las redes (en realidad hizo una captura usando las redes sociales



de posibles víctimas) y a continuación por teléfono, ofreciéndoles una gala benéfica, siendo irrelevante que tocaran o no nuevos temas, pues ello es intrascendente. Trata de desvincularse de la idea criminal así como de relacionarlo con los beneficiarios de los fondos, cuando toda la prueba personal apunta a ser él, junto a Maximiliano, los artífices de la puesta en escena y engañar a todos los afectados.

f.- Conclusión del Tribunal:

1.- Toda la **prueba testifical** coincide en residenciar en **Julio y Maximiliano el dominio del hecho, ser los que idearon la supuesta gala benéfica para así hacerse con el dinero, engañando a unos para realizar actos de disposición**, inversiones o prestación de servicios gratuitos, con la finalidad de hacer suyos los beneficios íntegros, y ser finalmente quienes disponen de lo recaudado.

2.- El Tribunal llega al convencimiento de que este acusado faltó a la verdad al residenciar la ideación en el Grupo y querer desvincularse del dominio de la totalidad de la maquinación insidiosa, de los perjudicados y beneficiarios de la gala.

3.- El **comportamiento falaz y engañoso** de ambos acusados es determinante para que los engañados efectuaran el desembolso en la prestación de su trabajo, servicio y dinero y para que los posteriores beneficiarios autorizasen el uso de la imagen y nombre de los menores, a sabiendas que ello facilitaba el que la generalidad de las personas, por sentimientos de solidaridad con tales familias, accedieran a pagar el sobre coste de la cena, rifas, etc. en la creencia, todos ellos (clientes, dueño del restaurante y técnico de sonido-iluminación) de estar colaborando en un acto loable y encomiable, que de otro modo no hubieren efectuado, y una vez obtenido el dinero, cuyos beneficiarios eran los cuatro niños con enfermedades raras, se lo apropiaron.

Es por ello, por lo que con este escenario probatorio la conclusión del Tribunal acerca de la existencia de la estafa es evidente por cuanto se recoge que:

a.- Han obtenido ambos acusados, mediante engaño descrito (consistente en hacer aparentar que se trataba de una recaudación benéfica para atender un fin altruista), la suma de más de 6500 euros.

b.- Induciendo a error tanto al dueño del restaurante, como al técnico del sonido e iluminación como a los artistas que se prestaron a colaborar en la gala así como a los más de 300 comensales a efectuar un desembolso, que no hubieran efectuado de conocer las verdaderas intenciones de los acusados de quedarse íntegramente con lo recaudado en la cena y en las rifas.

c.- Disponiendo sin autorización alguna de dichas cantidades en sus propios beneficios y en perjuicio de los denunciantes, a cuyo favor se publicitó falazmente la señalada gala.

Los elementos de la estafa en el caso concreto.

Como ya ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 sobre los elementos o requisitos necesarios para entender concurrente la infracción penal tipificada como delito de estafa en el art. 248 del Código Penal y, en consecuencia, la apreciación de los contratos civiles criminalizados, se pueden citar los siguientes:

1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.

2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.

3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.

4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.

5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6. Propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento.

El Tribunal Supremo refleja, en su sentencia de 11 de diciembre de 2000 que "el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo



incumplimiento, versando el contrato sobre un negocio vacío que oculta la realidad de un atentado contra el patrimonio ajeno".

Nos movemos en el elemento puramente subjetivo del conocimiento e intención clara del sujeto de no cumplir con las estipulaciones marcadas en el contrato con la otra parte, y ello aunque haya iniciado, incluso, el cumplimiento de lo pactado entre las partes, ya que, si lo que pretendía era no cumplir definitivamente, no excluye la comisión del delito de estafa el hecho de que el sujeto haya dado inicio al cumplimiento de su prestación y posteriormente cese en este cumplimiento cuando era ésta su idea inicial.

O, como apunta el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en su Auto 834/2016, de 28 de abril : en el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe, desde el mismo momento de la perfección del contrato, que no podrá o no querrá cumplimentar la contraprestación que le corresponde en compensación del valor o cosa recibidos, y que se enriquecerá con ellos. Esta doctrina es la conocida como la de los contratos civiles o mercantiles criminalizados.

7. El negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno. se exige dolo más engaño.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1997 proclama que el denominado por la doctrina negocio criminalizado sólo será instrumento de la estafa si es una pura ficción al servicio del fraude, a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno (en el mismo sentido las de 12 de mayo de 1998 y 17 de septiembre de 1999). En este sentido, el dolo no conlleva per se la concurrencia del ilícito penal, ya que en el marco del derecho civil es definido como vicio del consentimiento (arts. 12651269 y 1270 CC). Por ello, por sí sólo no constituye ese engaño requerido por el tipo de la estafa, es decir, la maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia para ganar la voluntad del perjudicado o perjudicados, haciéndoles creer y aceptar lo que no es verdadero.

El delito de estafa hace preciso que concurra por parte del sujeto activo un medio engañoso de cualquier tipo que induzca a la víctima, por la vía del error, a realizar un determinado desprendimiento patrimonial del que, en relación de causa a efecto, se beneficia el instigador de la operación, que persigue desde el inicio ese fin lucrativo; sus elementos son, por tanto, engaño, ánimo de lucro, perjuicio y relación causal (SSTS 16 de junio y 16 de octubre de 1992 , 18 de octubre de 1993 , 15 de junio de 1995 y 31 de enero de 1996 , entre otras).

Se exige, al mismo tiempo, un específico dolo que abarque esa voluntad en el sujeto de que, cuando realiza la actividad contractual con la parte perjudicada, no vaya a ejecutar la parte el contrato que al mismo le compete, unido ello a cualquier medio de engaño que lleve a la otra parte a aceptarlo por la vía de la creencia de que se va a producir ese cumplimiento que se le ofrece. El dolo por sí mismo entendido supondría aisladamente la existencia de un vicio en el consentimiento que tendría sus consecuencias en la órbita del derecho civil, pero que, por el principio de intervención mínima del Derecho penal, no es aceptado para entender que ese incumplimiento del contrato tiene efectos y sanciones penales.

8. Idoneidad del engaño para entender cometido un delito.

Esta Sala del Tribunal Supremo recoge, en sus sentencias de 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000 , que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

También declaramos a estos efectos, en la sentencia de 24 de marzo de 1999 , que "no se estiman suficientes los artificios engañosos si el sujeto pasivo de los mismos hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño y si tal actividad de comprobación lo era exigible por su calificación empresarial".

Del mismo modo, se añade en la sentencia de 21 de septiembre de 1998 que "no se trata de afirmar por el Tribunal que existe un derecho al engaño, a modo del pretendido dolo bueno, sino de limitar el derecho penal a sus justos términos no convirtiéndolo en un instrumento de protección penal de aquéllos que no se protegen a sí mismos o de quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado".

9. Posibilidad del sujeto afectado de detectar la estafa.

En estos casos se suelen tener muy en cuenta las condiciones del afectado para admitir o inadmitir la concurrencia del delito y para separarlo del mero incumplimiento civil, ya que, si fuera asumible percibir la existencia del incumplimiento, dadas las condiciones profesionales del perjudicado, habría que acudir a esta vía civil.



Si el engaño no es suficiente al fin que se exigiría para entender cometido el ilícito penal, nos encontraríamos ante el ilícito civil. Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de exigir a la víctima el conocimiento de ese elemento intencional del sujeto activo, sino que sí, dada su condición profesional, hubiera sido posible detectar la situación venidera de incumplimiento, podríamos estar hablando de un ilícito civil, que no penal. De todas maneras, también nos movemos aquí en unos ámbitos estrictamente subjetivos que exigen que actuemos con suma cautela para evitar unos niveles de exigencia de previsión en la víctima que le obligaran a prever cualquier circunstancia o movimiento del sujeto activo aunque concurriera la condición de profesional en el perjudicado.

En este caso era complicado para los perjudicados detectar el fraude ante la apariencia del recurrente y la circunstancia de que se aparentó que era una gala con fines benéficos que no lo fueron tales, sino que se apropió del dinero que se recaudó y no lo destinó al fin previsto ni pagó a nadie por los gastos que hubo.

El hecho probado es concluyente para llegar a la conclusión de la existencia de la estafa, ya que apunta que:

1.- Ideación criminal:

" Los acusados de común acuerdo **urdieron un plan con propósito de obtener un beneficio económico ilícito, consistente aquél en hacer creer a varias personas que organizarían una gala benéfica con la finalidad de repartir entre los padres de unos niños con enfermedades raras el dinero que obtuvieran para sufragar los gastos inherentes al tratamiento que precisaban, de manera que en ejecución del mismo no sólo engañaron a los padres de los menores afectados...sino que igualmente, en ejecución de dicho plan, convencieron a varios artistas conocidos para que colaboraran y actuaran de forma altruista en la gala, actuando sin cobrar nada, como de la misma manera hicieron creer al dueño del local- restaurante y al técnico de sonido que se trataba de una gala cuyos íntegros beneficios se repartirían entre estas tres familias**".

2.- **Conclusión y aprovechamiento económico del plan preconcebido:** " Terminada la cena-gala, los imputados, que recaudaron en torno a 5000 € por las entradas y 1000 € por las rifas (durante la celebración realizaron rifas, a razón de 2 € por boleto), en ejecución del citado plan hicieron suyas la totalidad de dichas cantidades destinadas a ser repartidas entre los padres de los niños enfermos con la finalidad de sufragar los gastos inherentes al tratamiento que estaban precisando, procediendo ambos acusados, Julio y Maximiliano , en aquella época pareja, a desplazarse la misma tarde del día siguiente al Sur a gastarse parte de lo recaudado en la compra de un equipo de música, no abonando al propietario del Restaurante los 1.243,20 € convenidos por el coste de la cena, ni al técnico de sonido los 300 € de sus honorarios, pese a haberles entregado a ambos en esa misma noche del evento sendos cheques, que nunca pudieron cobrar al estar la cuenta corriente contra la que se libraron sin fondos, de lo que eran conscientes".

Está perfectamente motivada la conclusión del Tribunal en cuanto a la estafa cometida y concurrente los elementos de la estada del art. 248 CP , como se ha descrito con detalle con la concurrencia de un dolo antecedente y dirigido a conseguir el desplazamiento patrimonial de los asistentes, con un fin engañoso bajo apariencia de que la gala era para atender a niños enfermos y con ello, también causa un perjuicio a los denunciados que iban a ser los destinatarios de las cantidades abonadas, con la colaboración del dueño del restaurante y técnico de sonido.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- De conformidad con el artículo 5.4 de la LOPJ , por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , habiéndose infringido el artículo 250.1 del CP , a no recaer el supuesto delito sobre bienes de reconocida utilidad.

Se cuestiona la aplicación de la agravante del nº 1 del art. 250 CP del objeto del delito de estafa sobre bienes de utilidad social, ya que sobre la agravante del nº 6 del art. 250 CP el Tribunal ni condena ni se pronuncia sobre ello, por lo que no puede existir infracción de la prohibición del "non bis in ídem", en tanto en cuanto no existe vulneración alguna al dirigirse la acción sobre una utilidad social, cual era un fin benéfico, lo que determina un plus de reprochabilidad penal que se evidencia con el reconocimiento de una agravación en la penalidad, por poner por medio un objetivo social y loable que, a buen modo, despertaría las conciencias de los ciudadanos, como así ocurrió, con el fin del enriquecimiento injusto de los condenados, y mediante la estrategia del fraude de hacer ver a los padres de los menores, al dueño del restaurante, al técnico de sonido y a los integrantes del grupo que ese era el destino de la recaudación, constando en el hecho probado el apropiativo de la recaudación.

Justificación del Tribunal para apreciar la agravante e incluir el concepto "salud" como bien de reconocida utilidad social

Justifica el Tribunal para apreciar la mencionada agravante que:

"Sobre la recogida en el nº 1 del art. 250 CP ha quedado acreditado que los acusados organizaron "falazmente" **una cena baile benéfica en favor de varios niños con enfermedades, con la finalidad de donar la recaudación**



a sus padres para sufragar los gastos inherentes al tratamiento que precisaban, y sin embargo se quedaron con la total recaudación .

Tal actuación es sumamente reprochable desde el punto de vista social, conlleva sin duda un plus de reprochabilidad, pues **atenta contra las bases mismas de la solidaridad, priva a los beneficiarios-perjudicados de los fondos que precisaban para atender los gastos de tales enfermedades y al ser descubiertos los acusados, y exponerse al escarnio, generan una inmensa desconfianza hacia eventos similares que han venido a paliar los menguados recursos públicos destinados por tales menesteres por los servicios socio-sanitarios** , llegando a afirmar la primera de las testigos, que precisamente en esa época de crisis, el Servicio Canario de Salud había suprimido las ayudas para trasladar a su hija Marina ., de doce años, con parálisis cerebral, a seguir el tratamiento necesitado a la Península (dejaron de cubrir tal contingencia), y gracias a eventos como éste, se podía hacer frente a los innumerables gastos. A raíz de dicho escándalo, ya no se ha celebrado ninguna gala benéfica, pues nadie confía en la bondad de tales actos, los artistas no se prestan (así lo manifestaron los dos que comparecieron al plenario) y los padres de los niños actúan con muchas reticencias.

El tipo agravado exige que la estafa recaiga sobre un bien de primera necesidad, viviendas u otros **bienes de reconocida utilidad social** , debiendo considerarse concurrente tal tipo agravado al recaer sobre la **recaudación que estaba destinada a sufragar los gastos inherentes al tratamiento médico precisado, pues era un dinero cuya finalidad se vinculaba a una acción social de primera necesidad, como es la salud** , y sin duda justifica el mayor reproche impuesto por el legislador, pues no en vano, en épocas de crisis, tales eventos han venido a suplir la falta de acción social de las Administraciones".

Empleo de medio engañoso para conseguir un enriquecimiento patrimonial bajo el pretexto de la salud como bien personal y colectivo de utilidad social

Esta Sala debe estimar que el concepto salud y todos aquellos escenarios relacionados con la misma, donde se cometa un delito de estafa, en cuanto a la aplicación de la agravación por concurrencia de una de las circunstancias que concurran en el precepto, está incluido entre los bienes de utilidad social expuestos en el nº 1 del art. 250.1 CP .

No podemos negar, por ello, que la salud es, hoy en día, un bien, tanto individual, como colectivo, que se puede categorizar entre aquellos que pueden ser considerados como bienes de utilidad social. Y ello, porque afecta a naturaleza propia del ser humano y tiene, por sí misma, una proyección que puede enfocarse *ad intra*, cuando, por ejemplo, bajo esta perspectiva se ataca a la salud individual, no físicamente en este escenario, sino utilizando medios mendaces para poder engañar a una persona que pueda padecer una enfermedad y se le ofrezcan, por ejemplo, remedios que, en modo alguno, mejorarán la grave situación de su enfermedad. Y, también, puede proyectarse *ad extra* cuando se trata de utilizar instrumentos fraudulentos para, por medio de engaño, atacar al valor de la salud individual o pública como un bien de reconocida utilidad social.

La salud y las múltiples variantes en las que ésta se manifiesta debe tener un relevante campo de protección en el campo del derecho penal, suponiendo un plus de agravación cuando el ilícito penal se conecta de forma directa o indirecta con el valor "salud". Y en este escenario, la vía del art. 250.1.1º CP resulta proporcional y adecuada para aplicar una agravación en los supuestos donde se apliquen las agravantes del art. 250 CP , y, en concreto, su apreciación como bien de reconocida utilidad social digna de protección pública.

Así pues, la cuestión nuclear que tratamos en este motivo se centra en ubicar adecuadamente el empleo del medio engañoso cuando afecta a la salud, como vía para engarzarlo en la agravación de la penalidad, al situarlo en la configuración de **bien de utilidad social** . Y ello, por la evidente mayor reprochabilidad penal que se ciñe cuando las conductas típicas del empleo del engaño bastante con ánimo de lucro afectan, o tienen incidencia, en la salud de las personas, lo que ocurrirá, como este caso, cuando bajo el pretexto de "procurar la mejora en la salud de una persona", -y en este caso menores- se utiliza un ardid, trampa, o argucia para conseguir el convencimiento de las personas para que colaboren en conseguir ese bien máximo que es la salud, mediante trabajo y/o aportaciones para un aparente fin altruista, como es recaudar fondos para esa mejora de la salud, cuando el objetivo final es de apropiación de las sumas recaudadas, lo que integra el delito de estafa por el empleo de engaño bastante, ánimo de lucro y perjuicio a tercero, mediante el instrumento o "efecto llamada" de procurar la mejora en la salud de unos menores, lo que permite "mover las conciencias" de muchos ciudadanos que mediatizados por ese objetivo realizan trabajos y aportaciones económicas que al incorporarse al patrimonio del sujeto activo del delito integran el delito de estafa con la agravación específica del art. 250.1.1º CP .

En estos casos se instrumentaliza el concepto de la salud para alcanzar el convencimiento de la sociedad y que colaboren los ciudadanos en la apariencia orquestada por el sujeto activo para conseguir ese engaño determinante de la estafa, y en la pluralidad de sujetos pasivos que son movidos por el fin de conseguir la mejora en la salud.



Bajo esta tesis, resulta evidente que la estafa recae sobre un bien de reconocida utilidad pública, ya que el art. 250.1.1º CP permite aplicar la agravación cuando afecta la estafa a *otros bienes de reconocida utilidad social*, y entre ellas la salud.

Y en efecto, mayor bien que el destinado a atender económicamente la salud de unos niños enfermos no podría existir, por lo que la agravación está correctamente aplicada. Existe una perversidad de la conducta de los condenados, ya que aprovechándose de la enfermedad de unos menores pretenden despertar la conciencia de los ciudadanos para que adquieran las entradas para el pretendido fin benéfico. No se trata de una estafa más. Se trata de una estafa cuyo acicate se disfraza para contribuir a un fin social de contenido humanitario que determina el desplazamiento patrimonial.

Debe ponerse de manifiesto, también, que la declaración de la utilidad pública, o del interés social, hace referencia a la causa o fin que justifica la protección de ese bien sobre el que gira esa necesidad de protección por su destacada proyección social.

La distinción entre utilidad pública e interés social traduce la amplitud con que se configura la causa y razón de protección, ya que ésta puede consistir tanto en un fin cuya cuestión esté legalmente atribuida a las administraciones públicas (utilidad pública), como en un fin ciertamente social tutelado como tal, pero que puede estar, y normalmente está, entregado en su realización a la actividad privada (interés social). Pero en ambas opciones serían intereses tutelados por la vía del art. 250.1.1º CP .

La doctrina destaca en este punto por cosas de utilidad social, en sentido propio, hay que entender las directamente destinadas a la satisfacción de fines colectivos [STS, Sala 2.ª, núm. 981/2001, de 30 de mayo (Rec. 1663/1999)]. Constituyen también un elemento normativo y se extienden al conjunto de cosas típicas más allá de las de primera necesidad y que cumplen fines colectivos o satisfacen necesidades consideradas beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social, aunque se atribuyan a uno o varios de los individuos concretos que lo componen.

Y en este caso debe entenderse que no puede entenderse como una estafa básica del art. 248 CP la redacción de un hecho probado donde **la salud de unos niños enfermos, como bien a tratar y cuidar por la comunidad** , sea el elemento determinante de la estafa, donde concurre el engaño bastante para mover las voluntades de los sujetos en aras a la consecución de un fin colectivo, cual es que los niños que estaban enfermos pudieran tener más opciones de recuperarse si se recaudaba dinero para darles un mejor tratamiento en base a las mejores disponibilidades económicas de sus padres. Pero, lejos de ello, ese pretendido "objetivo social" se desvaneció cuando se detectó que no era para ese fin el dinero recaudado, sino para el enriquecimiento personal de los condenados.

La salud de los menores, que era el destino de la recaudación, debe configurarse, por ello, como un bien que los comensales trataban de atender y fue lo que movió las conciencias de los ciudadanos como engaño bastante determinante de la estafa, ya que la perversidad social de los condenados determinó un aprovechamiento de esta enfermedad para conseguir estos desplazamientos patrimoniales que deben encuadrar los hechos, como así hizo el Tribunal en una agravación de la conducta por su mayor reproche social, y por ende, penal, como así ha ocurrido.

Mayor reprochabilidad penal cuando queda afectada la salud como bien digno de especial protección.

La reprochabilidad penal mayor que conlleva la justificación de la aplicación del art. 250.1.1º CP y permite agravar la penalidad tiene su máxima expresión cuando afecta a bienes como la salud, y operaría en estafas que utilizan ese "aprovechamiento" del pretexto de la salud de las personas para ejercer un *vencimiento psicológico* en la colaboración de las personas de colaborar en una causa justa, como lo es conseguir el bien máspreciado del ser humano, como es la salud física y/o mental.

De esta manera, esta agravación se daría, por ejemplo, cuando se llevan a cabo actos mendaces de estafa contra asociaciones destinadas a promover la salud de las personas aprovechando su vulnerabilidad, ya que éstas encarnan la protección del bien de utilidad social, como lo es el de la salud de las personas que tratan de tutelar, o cuando una persona se ampara, como en este caso, en destinar un dinero que se recaudará en una gala benéfica para unas personas que sí que padecen una enfermedad, engañando, tanto a los familiares de los enfermos, como a quienes ponen los medios para esa gala, y a quienes aportan el dinero por ese justo fin que es la protección y mejora de la salud.

También concurriría ante una pretendida enfermedad de alguien, o de su entorno, para conseguir subvenciones por las aportaciones de terceros, llevados por la crudeza del alegato acerca de esa grave enfermedad, cuando tal enfermedad no existe.



La agravación de estas conductas viene provocada por la especial perversidad de quien se aprovecha de la salud, como bien de reconocida utilidad pública y social, como medio para conseguir el cobro de cantidades que se ingresan en el patrimonio del estafador, en lugar de hacerlo en el destino anunciado de su salud, de alguien de su entorno, o de terceros, ejerciendo, en este caso, el estafador como intermediario en la gestión.

Referencia de la jurisprudencia a los "bienes de utilidad social"

A la hora de destacar los supuestos en los que se ha tratado esta agravación del art. 250.1.1º CP por esta Sala del Tribunal Supremo, al objeto de destacar la casuística relevante, recordamos los siguientes:

1.- El trabajo. La necesidad acuciante de un puesto de trabajo es una circunstancia que permite aplicar el art. 250.1.1º CP .

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 457/2006 de 21 Mar. 2006, Rec. 309/2005

"No creemos que exista una interpretación analógica extensiva si consideramos que el trabajo en un mercado y situación económica de paro endémico y estructural puede y debe ser considerado como un bien de primera necesidad al igual que la vivienda. Es más, las posibilidades de obtener una vivienda están condicionadas, en la mayoría abrumadora de los casos, a que se pueda disponer de un puesto de trabajo más o menos rentable y estable. Cita una sentencia de esta Sala en la que se califica el trabajo como un bien de entidad colectiva pero deriva la cuestión hacia la protección de los trabajadores que solo entrará en juego cuando se dispone ya de un trabajo determinado y se infringen las reglas que regulan la actividad laboral que ostenta.

Por lo menos consideramos incompatible esta sentencia con lo que se decide en la que estamos examinando. El efecto llamada, o el atractivo de la oferta, radicaba en la posibilidad de acceder a un bien preciado, como es el trabajo, en una sociedad precaria y asegurarse una cierta estabilidad incluso trabajando de forma autónoma. Estas expectativas que resultaban enormemente atractivas eran un factor decisivo para mover la voluntad de tantas personas como se vieron envueltas en esta trama. Por ello, estimamos ajustado que, sin perjuicio en algunos casos de factores concursales con los derechos contra los trabajadores, consideremos que el engaño al que se refiere el artículo 318 bis es la falsa oferta de trabajo como elemento llamada para llegar a venir a España, elemento que no figura para nada en el actual supuesto por lo que el bien protegido de forma específica en el artículo 250.1º del Código Penal esta íntegramente comprendido en los hechos que se declaran probados."

2.- Agravación por recaer sobre bienes de reconocida utilidad. Se revoca su aplicación por la Sala. El pabellón multiusos que el Ayuntamiento iba a construir no se caracteriza como bien de reconocida utilidad social porque ese edificio es la excusa para cometer la estafa, más que el objeto de la defraudación, que recae directamente sobre el dinero cobrado por los autores en perjuicio, no de la Corporación, sino de la empresa que ha realizado las obras sin obtener la retribución correspondiente.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 876/2012 de 24 Oct. 2012, Rec. 2466/2011

"La Audiencia ha ubicado los hechos en el art. 250.2 por la concurrencia de las circunstancias 1ª ("bienes de reconocida utilidad social") y 6ª ("especial gravedad atendido el valor de la defraudación") del apartado 1 de ese mismo precepto (en la redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 : la circunstancia 6ª antigua se corresponde con la actual 5ª).

Es correcta la incardinación en el art. 250.1.6ª, como lo sería en el vigente art. 250.1.5ª: el importe de la defraudación supera los 50.000 euros.

Sin embargo no es acertada la apreciación de la circunstancia 2ª del art. 250.1. No solo porque el pabellón multiusos que el Ayuntamiento iba a construir pudiendo caracterizarse como bien público, difícilmente podrá serlo como bien de reconocida utilidad social; sino, sobre todo, porque ese edificio es la excusa para cometer la estafa, más que el objeto de la defraudación que recae directamente sobre el dinero cobrado por los autores en perjuicio no de la Corporación, sino de la empresa de Narciso que ha realizado las obras sin obtener la retribución correspondiente. En sintonía con el apoyo del Fiscal hay que dar la razón en este punto al recurrente y, con estimación parcial del motivo, expulsar de la sentencia la referencia a los artículos 250.1.2ª y 2 y proceder a una renovada individualización penológica en congruencia con la calificación correcta. De esa forma quedarán igualmente solventados los errores de dosimetría penal que se han deslizado en la sentencia impugnada y que el Fiscal detalla en su informe. Es la segunda sentencia, que es obligado dictar, el marco adecuado para motivar la cuantificación punitiva."

3.- Agravación por recaer sobre bien de primera necesidad, pues muchos de los cooperativistas iban a destinar la vivienda a su domicilio habitual.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 453/2018 de 10 Oct. 2018, Rec. 1793/2017



"Podemos afirmar que los efectos agravatorios derivados de que la estafa recaiga sobre viviendas (artículo 250.1.1º del Código Penal), se justifican en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas. Es decir, que la especial protección que supone la agravación se fundamenta en su relación con el artículo 47 de la Constitución , en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad. Y también por ello, la agravación puede concurrir tanto si la estafa se produce en el proceso de adquisición de una vivienda, como si el acto de disposición fruto del engaño recae sobre una vivienda que ya constituye la morada del perjudicado. (Véase en el mismo sentido STS de 14-10-2013)."

4.- Vivienda como bien de utilidad social.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 764/2013 de 14 Oct. 2013, Rec. 2314/2012

" En definitiva, los efectos agravatorios derivados de que la estafa recaiga sobre viviendas (artículo 250.1.1º del Código Penal), se justifican en atención a su calidad de bienes de importante utilidad social, derivada de su naturaleza en relación con el uso que se hace de ellas. Es decir, que la especial protección que supone la agravación se fundamenta en su relación con el artículo 47 de la Constitución , en cuanto reconoce el derecho a una vivienda digna. Por ello solo será procedente su aplicación cuando la defraudación recaiga sobre viviendas que se destinen a su uso propio como lugar de residencia de la persona, donde puede establecer su domicilio, pues son las únicas que pueden ser consideradas bienes de primera necesidad. Y también por ello, la agravación puede concurrir tanto si la estafa se produce en el proceso de adquisición de una vivienda, como si el acto de disposición fruto del engaño recae sobre una vivienda que ya constituye la morada del perjudicado."

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 581/2009 de 2 Jun. 2009, Rec. 509/2008

"En relación al subtipo agravado el art. 250.1.1 CP , esta Sala, por ejemplo, STS. 372/2006 de 31.3 , dado que se trata de una circunstancia de agravación específica (o tipo cualificado), viene realizando una interpretación restrictiva en cuanto a su posible aplicación, refiriéndola no a toda vivienda, sino a las que constituyen el domicilio, la primera o única residencia del comprador e integran, por tanto, bienes de primera necesidad o de reconocida utilidad social, que son los otros objetos sobre los que ha de recaer el delito de estafa para que pueda aplicarse este art. 250.1.1º, pero no a las llamadas de "segundo uso" o a las adquiridas como "segunda vivienda" como "inversión" o con finalidad recreativa (SSTS. 1174/97 de 7.1 , 658/98 de 19.6 , 620/2009 de 4.6 , 297/2005 de 7.3 , 302/2006 de 10.3 y 568/2008 de 22.9).

En efecto, es claro que cualquier clase de vivienda no es apta para merecer la especial consideración penal que le proporciona este art. 250. 1.1 , que persigue la protección de los consumidores en aquellos contratos que tienen por objeto las cosas de primera necesidad u otros bienes de reconocida utilidad social, entre los que incluye las viviendas, sin duda porque el uso de éstas satisface una necesidad tal elemental como es que se puede disponer de un espacio apto para que en él sea posible el desarrollo de nuestra propia intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El art. 47 de esta misma ley Fundamental recoge como uno de los principios rectores de la política social y económica el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Y aunque cualquier espacio cerrado utilizado para el desarrollo de la intimidad merece la especial protección que la Constitución y las Leyes reconocen al domicilio (art. 18.2 CE), sin embargo cualquier vivienda no se encuentra comprendida en el ámbito de la aquí estudiada circunstancia 1ª del art. 250.1, sino solo aquella que puede considerarse bien de " primera necesidad" o " de reconocida utilidad social" , esto es, la primera vivienda que tenga una persona para la satisfacción de esa fundamental necesidad de disponer de un albergue que le permita atender sus propias exigencias personales, y en su caso, familiares, excluyendo las que no sirven para este derecho prioritario. El subtipo agravado no será de aplicación, por tanto, en los casos en que la víctima dispone de dinero para adquirir otra vivienda, distinta de aquella en la que habita, como inversión, recreo o para aumentar su patrimonio, o incluso en los casos de cambio de domicilio, si no se acredita la venta de la primera vivienda y la realidad del traslado, pues siendo esta condición de primera vivienda elemento del tipo agravado, la carga de la prueba de tal circunstancia comprenderá a la acusación por aplicación de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE ."

5.- Subtipo agravado por recaer sobre bienes de reconocida utilidad social -Asociación española de lucha contra la poliomelitis-. La sustracción de fondos de una asociación con fin de tutela y/o protección de personas con enfermedad conlleva la aplicación de esta agravante.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 374/2010 de 20 Abr. 2010, Rec. 1675/2009



"Sostiene el recurrente -con invocación de la STS de 30 de enero de 2001 - que para apreciar la agravante cuestionada lo relevante no es quien sea el titular del bien o cosa objeto de la apropiación, sino que dichas cosas o bienes cumplan fines colectivos o satisfagan necesidades consideradas como beneficiosas para el conjunto de los integrantes del grupo social y expone que no existe una automaticidad directa en virtud de la cual la condición de asociación de utilidad pública del titular del bien apropiado (dinero también en nuestro caso) determine la aplicación de la circunstancia objetiva de agravación de la pena definida en el precitado art. 250.1.1º del C. Penal .

Ni lo autoriza la literalidad del precepto, que en lo que se fija es en que el bien sobre el que recaiga el acto delictivo sea de reconocida utilidad social, o directamente destinado a un fin de esta naturaleza, ni la interpretación sentada por ese Excmo. Tribunal en su sentencia de 30 de enero de 2001 que extiende esa conceptualización al dinero -bien fungible por excelencia- que se destine al pago o financiación directa de una actividad de utilidad social. Es, pues, el fin concreto al que está destinado el dinero apropiado, no la pertenencia genérica a una Asociación que tenga entre sus fines uno de marcada utilidad social o pública, lo que es determinante de la aplicación de esta circunstancia de agravación de la pena.

El argumento impugnativo reseñado no convence a esta Sala del T.S. En efecto, la sentencia declara probado que la Asociación ALPE fue declarada de utilidad pública por O.M. de 15 de marzo de 1974 y no consta que se le hubiera suprimido esa calificación, al menos durante el tiempo en que se desarrollaron los hechos enjuiciados (ni después). Las personas que firmaban parte de su Junta Directiva no percibían remuneración por su trabajo, que desempeñaban gratuitamente y todas las actividades desarrolladas por la Asociación, empresariales y de otro tipo, tenían por finalidad allegar fondos para cumplir sus fines sociales y humanitarios, de manera que **los ingresos dinerarios obtenidos tenían como único objetivo final atender a la consecución de los objetivos "asistenciales en todos los aspectos, velando por los intereses espirituales, culturales, morales, económicos y sociales" de los enfermos de poliomielitis.**

No es posible precisar, ni siquiera por aproximación, cual pudiera ser el concreto destino final de las cantidades dinerarias de las que se apoderaron las acusadas, pero lo que **resulta incuestionable es que esa actividad depredatoria ejecutada a lo largo de los años afectaba negativamente a los objetivos humanitarios y de utilidad social a cuya consecución se creó la asociación y de la que resultaron perjudicados los enfermos a cuya asistencia y ayuda iban destinados los ingresos recabados** . Es por ello por lo que considera esta Sala que la actuación de las acusadas se integra sin forzamiento alguno en el concepto de "bienes de reconocida utilidad social" que contempla el precepto agravatorio aplicado en la instancia, y que, supone un plus de antijuridicidad y culpabilidad respecto de otras apropiaciones ilícitas en las que se lesionan intereses puramente lucrativos."

Con ello, de esta sentencia se evidencia que la sustracción de fondos destinados a un fin atinente a la mejora de la salud de las personas permite la aplicación de esta agravante, que es a lo que se refiere el presente supuesto.

6.- Consideración de bien de utilidad pública (art. 250.1.1º CP) a los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1735/2003 de 26 Dic. 2003, Rec. 1178/2002

"Aquí se impugna la apreciación en este delito continuado de estafa de la figura agravada que aparece en el nº 1º del art. 250.1 CP que la prevé para los casos en que "recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social".

Entendemos que fue bien aplicado aquí este art. 250.1.1º, pues la estafa que estamos examinando se refiere a los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España que, como bien dice la sentencia recurrida (Pág. 13), son los que en definitiva, le van a servir a cada trabajador extranjero para ganarse la vida lícitamente aquí. Ciertamente lo que se ofrecía a cambio del dinero era una cosa de primera necesidad para cada uno de ellos. Fue correctamente aplicado el art. 250.1.1º CP ."

7.- La agravante se aplica cuando el objeto es importante para proteger la salud de las personas. Un club de Fútbol no puede beneficiarse del plus de protección que dispensa esta norma. No es un bien de utilidad social.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 620/2004 de 4 Jun. 2004, Rec. 846/2003

"Es claro que la circunstancia primera del art. 529 del Código Penal de 1973 --bienes de utilidad social-- **sólo se da cuando la apropiación recae sobre aquellas de las que no se puede prescindir, siendo imprescindible para la subsistencia o salud de las personas.** El Código Penal vigente se refiere a cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social, y en tal sentido la constante jurisprudencia de esta Sala la ha aplicado a viviendas --cuando sea la de uso habitual, no la de finalidad recreativa -- SSTS de 14 de febrero de 1994 , 971/95 de 6 de octubre y 658/98 de 14 de junio --, habiendo sido excluido también el caso de oficinas.



En definitiva, se trata con esta agravante de conseguir un plus de protección de la tutela del consumidor frente a ataques fraudulentos a "bienes cuasi primarios".

Es obvio, que un club de fútbol, aunque puede ser titular de un patrimonio inmaterial muy relevante, aunque pueda formar parte de las señas de identidad de una colectividad, todo ello por encima de su mero valor económico --como ya se ha dicho-- no puede beneficiarse del plus de protección que dispensa esta norma. No es un bien de utilidad social."

Visto, en consecuencia, que en el caso analizado, como se ha expuesto, concurren los elementos básicos para entender aplicable la agravación de la penalidad, como ya se ha expuesto procede la desestimación del motivo.

CUARTO .- 3.- De conformidad con el artículo 5.4 LOPJ , por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habiéndose infringido el artículo 74.2 del CP , al no ser constitutivos los hechos de un delito continuado.

No se ha aplicado por el Tribunal la agravación de la cuantía por encima de 50.000 euros, ni especial gravedad, que es lo que se alega, sino la continuidad delictiva. Y esto está perfectamente acreditado en la sentencia, ya que se apunta que:

"Consideramos que el delito cometido, la estafa, lo es en continuidad delictiva (se hace en ejecución de un plan preconcebido, realiza una pluralidad de acciones que ofende a varios sujetos e infringe el mismo precepto penal), no pudiendo apreciarse la unidad de acción pese a que el engaño va renovándolo con cada sujeto pasivo, los actos fueron varios y los sujetos pasivos engañados fueron igualmente una pluralidad de forma sucesiva, que efectuaron actos de disposición en la creencia errónea de que participaban con sus desembolsos y actos dispositivos, en una causa benéfica. No se engañó sólo al dueño del restaurante, quien efectuó un claro acto de disposición a favor de esa "falsa" causa solidaria, lo que le supuso una aportación de una cantidad igual a que valoró los menús, unos 1300 euros, sino que se engañó también al técnico de sonido e iluminación, efectuando una renuncia de sus honorarios evaluable económicamente en 300 euros, y se engañaron a toda una serie de comensales (a modo de delito masa), que acudieron por tal falaz reclamo y pagaron una media de 18 euros, por lo que en razón a la cuantía defraudada".

Y en efecto, así es. Los hechos se llevan a cabo:

- 1.- En ejecución de un plan preconcebido.
- 2.- Realizando una pluralidad de acciones que ofende a varios sujetos e infringe el mismo precepto penal.
- 3.- No pudiendo apreciarse la unidad de acción pese a que el engaño va renovándolo con cada sujeto pasivo, los actos fueron varios y los sujetos pasivos engañados fueron igualmente una pluralidad de forma sucesiva.
- 4.- Se va realizando un iter de engaño conforme se realizan operaciones por los asistentes y ello no conlleva una unidad de acción, sino una pluralidad de ellas al mover de forma continuada el desplazamiento patrimonial de los perjudicados estafados.

Destaca el Tribunal que: "No resulta una unidad de acción, sino una continuidad delictiva, sino que el engaño es plural a distintos y diversos sujetos afectados, y existe una renovación del engaño ante la pluralidad de perjudicados, tanto los padres de los menores que eran la justificación del desembolso, aunque estos no hacen el desplazamiento patrimonial, pero sí cada uno de los comensales que, engañados por el loable destino aparente de la recaudación fueron movidos por el engaño de los condenados para hacer el desembolso, a consecuencia del cual el engaño fue renovándose frente a los diversos sujetos pasivos que fueron perjudicados, en tiempos y espacios distintos, que efectuaron los actos de disposición en la falsa creencia de contribuir a una causa benéfica".

Los actos se dirigieron en cuatro direcciones:

- 1.- Se engañó al dueño del local.
- 2.- Al encargado de la iluminación.
- 3.- A los componentes del grupo musical.
- 4.- A toda la serie de comensales que acudieron por tal falaz de reclamo pagando una media de 18 €, y son los que llevaron a cabo el desplazamiento patrimonial.

Señala el Tribunal a este respecto que "el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 CP , se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido por tanto el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto,



se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos. Y entendemos que este es el supuesto enjuiciado.

Ahora bien, como señalaremos en el fundamento relativo a la determinación de la pena, en aras a obtener una proporcionalidad de la pena, y tratándose de un delito patrimonial, en atención a las cuantías defraudadas, es de aplicación la regla segunda del art. 74 C.P., por lo que estimamos irrelevante a nivel punitivo la continuidad".

Por ello, en cualquier caso, aunque no tenga repercusión penológica es preciso recordar que la doctrina destaca que existen distintos supuestos:

- 1.- Unidad natural de acción.
- 2.- Unidad típica de acción o unidad jurídica de acción.
- 3.- Delito continuado.

Se nutren de la cualidad de conformar un único delito, y a los que han de resultar ajenos el instituto de la conexión, y su reverso la desconexión procesal, así como la pluralidad procesal tanto real como potencial, tanto de origen como de destino.

Al respecto de estas categorías (unidad natural de acción, unidad jurídica de acción y delito continuado), caracterizadas por conformar un único delito, refiere una reiterada doctrina jurisprudencial (STS 91/2016) que:

- 1.- Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico.
- 2.- En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Así, la jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.
- 3.- En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.
- 4.- Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción.

En cuanto a los presupuestos que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha venido exigiendo tradicionalmente para la apreciación del delito continuado, se significan los siguientes:

- a) Una pluralidad de hechos, ontológicamente diferenciables, que no hayan sido sometidos al enjuiciamiento y sanción por parte del órgano judicial, pendientes, pues, de resolver en el mismo proceso.
- b) Dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implica la unidad de resolución y de propósito criminal. Es decir, un dolo global o de conjunto como consecuencia de la unidad de designio que requiere, en definitiva, como una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos delictivos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para practicarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarlos, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Por lo que, en suma, es el elemento básico y fundamental del delito del art. 74 del CP que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responda al aprovechamiento de idéntica ocasión.
- c) Unidad de precepto penal violado, o al menos, de preceptos semejantes y análogos, es decir, una especie de semejanza del tipo, se ha dicho.
- d) Homogeneidad en el modus operandi, lo que significa la uniformidad entre las técnicas operativas desplegadas o las modalidades delictivas puestas a contribución del fin ilícito.



e) Identidad de sujeto activo en tanto que el dolo unitario requiere un mismo portador, lo que es óbice para la posible implicación de terceros colaboradores, cuyas cooperaciones limitadas y singulares quedarían naturalmente fuera del juego de la continuidad. Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos.

En el presente caso la continuidad delictiva es evidente en cuanto a la pluralidad de hechos diferenciables dirigidos a varias personas que en sus distintos escenarios debían ser engañadas por los condenados para conseguir su propósito delictivo y en su "modus operandi" llevar a cabo los actos dolosos tendenciales, ya que no le bastaba con hechos unitarios, sino que la ejecución del modo de actuar exigía la "colaboración" de diversos sujetos engañados en un plan unitario, eso sí, de acción y de ideación criminal, pero para lo que el radio de acción exigía la intervención en el entramado de la red de engaño de diversos sujetos afectados por el engaño, cada uno en su distinta parcela, pero sin cuyo alcance de engaño y fraude no se podría haber llevado el propósito criminal ideado por los condenados.

En cualquier caso, la penalidad se expresa por el Tribunal, no quedando afectada por la continuidad delictiva, sino "concurriendo la agravante de reincidencia en Julio", por aplicación de lo dispuesto en el art. 66.3º (se aplicará en su mitad superior), en atención al número de engañados y la cantidad defraudada, estimamos adecuada y proporcional la pena de TRES AÑOS y OCHO MESES de PRISIÓN y MULTA de DIEZ MESES con cuota de 5 euros, pues en orden a su capacidad económica manifestó estar trabajando y cobrar en torno a 1200 euros". Y ello, por cuanto se aplica el art. 74 CP en cuanto que "si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado".

Pero en este caso no se está aplicando la regla del nº 4 ó 5 del art. 250 CP, sino la continuidad delictiva, pero que, como se aprecia en la sentencia, no tiene efectos punitivos, ya que lo que se aplica es la agravante de reincidencia que sitúa la pena en la mitad superior de la pena del art. 250 CP donde sí concurría la agravante del nº 1 y ex art. 66.1.3º CP.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habiéndose infringido el artículo 22.8 CP, al no concurrir la agravante de reincidencia.

Se queja el recurrente de que se aplique la agravante de reincidencia. Pero el Tribunal señala que "al cometer estos hechos el 10 de noviembre de 2012 había sido anterior y ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, firme el 15/10/2012, recaída en la causa 343/2009, como autor de un delito de estafa, al cumplimiento de una pena de 3 meses de trabajos en beneficio de la comunidad. Se trata de una pena menos grave conforme lo dispuesto en el art. 33.3 C.P. (de 31 a 180 días de TBC), de modo que a la luz de lo dispuesto en el art. 136.2º C.P. dicho antecedente no podía tenerse por cancelado, habida cuenta que no había transcurrido el plazo de dos años. Pues si bien es cierto que para su apreciación es ineludible que consten la fecha de la firmeza de las sentencias condenatorias, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas, y la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas, esto último resulta innecesario, cuando sea imposible que el plazo de cancelación haya transcurrido entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho que es objeto del enjuiciamiento actual (en tal sentido vid STS 117/2017, de 23 de febrero, con cita de SSTS 693/2004, de 23 de mayo; 314/2013, de 23 de abril, etc.)".

En cualquier caso, como señala la Fiscalía, consta en los hechos probados que "El acusado Julio ha sido anterior y ejecutoriamente condenado en virtud de Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, firme el 15/10/2012, recaída en la causa 343/2009, como autor de un delito de estafa, al cumplimiento de una pena de 3 meses de trabajos en beneficio de la comunidad".

Por ello, habiendo ocurrido los hechos el 10 de noviembre de 2012, los antecedentes penales eran de imposible cancelación, pues la pena impuesta de tres meses de trabajo en beneficio de la comunidad, tiene y ha tenido siempre la consideración de pena menos grave según el artículo 33 del CP, y el plazo de cancelación sería en todo caso el de dos años, cosa que evidentemente no concurre en el supuesto presente.

El motivo se desestima.

SEXTO .- 5.- De conformidad con el artículo 5.4 de la LOPJ en relación con el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 24 y 25 de la CE, por carecer la acusación particular de legitimación para acusar.

Señala el Tribunal que "la misma sería rechazada en el acto de la vista, pues amén de su tardía alegación, puesto que la personación se efectuaría el 3 de septiembre de 2013, sin que se haya puesto reparo alguno a su intervención en más de cuatro años, estando carente de buena fe tal alegación, es que de haber concurrido



causa debió hacerse valer por los recursos oportunos y no esperar a pedir la nulidad en el plenario, es lo cierto, que dichos denunciados, que transmiten la "notitia criminis" al órgano judicial de un delito perseguible de oficio (facultados en todo caso a intervenir como acusación popular), no son ajenos a los hechos, pues aparecían ya desde el cartel publicitario de la gala benéfica acompañando a la denuncia, como beneficiarios de lo recaudado. De modo que la consideración de perjudicados era innegable, ya que el dinero para ellos recaudado fue ilícitamente dispuesto por los acusados, y como tales tenían cabida en el procedimiento como tal acusación particular (art. 110 LECRIM), por lo que no cabía su expulsión del mismo, y menos la declaración de nulidad al amparo de lo dispuesto en el art. 238 y 241 LOPJ ".

En cualquier caso, ha ejercido la acción penal el Fiscal, y no se alega en qué medida le causa perjuicio o indefensión, ya que la fiscalía acusó de forma alternativa por los delitos de estafa y apropiación indebida, por lo que en cualquier escenario no existe afectación alguna al condenado al sostener la acusación la fiscalía, sin perder de vista la condición de perjudicados de los padres de los menores con enfermedades. De suyo, se les considera como perjudicados en la fundamentación jurídica relativa a la responsabilidad civil, por cuanto se señala por el Tribunal que: *fijamos en 6500 euros la suma que deberán ser condenados a indemnizar de forma solidaria ambos acusados, y en la proporción igualmente señalada a razón de los 1243,20 € a favor de Genaro , dueño del restaurante " DIRECCION001 ", 300 € en favor de D° Julián , técnico de iluminación, y el resto de las cantidades a distribuir en partes iguales entre los cuatro niños enfermos, debiendo entregarse a sus respectivos padres, bajo cuya patria potestad se hallan.*

Se ha consentido la presencia de los perjudicados, por lo que no es la fase de las cuestiones previas la oportuna para alegar una no válida constitución de la relación jurídica procesal consentida por la defensa, por lo que es admisible el alegato de extemporaneidad del Tribunal, con independencia de su admisión como perjudicados, como se les ha reconocido en la sentencia al otorgarles la debida indemnización por ser los menores y sufragar los gastos de su curación el objetivo que los condenados querían hacer llegar a los comensales y al resto de sujetos estafados. Unos para que aportaran el dinero en metálico de las entradas y otros para que, cada uno en su respectiva parcela, coadyuvaran al fin de enriquecimiento de los condenados aprovechando la buena de los adquirentes y de la colaboración de los antes citados, como así ocurrió.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO .- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (art. 901 LECrim).

FALLO

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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN , interpuesto por la representación del acusado **D. Julio** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección Quinta, de fecha 31 de marzo de 2017 , en causa seguida contra el mismo y otros por delito de estafa. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Diaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina