

Sentencia AP Lleida 06/11/2018

AP Lleida , 6-11-2018 , nº 11/2018, rec.398/2018,

Procedimiento: Procedimiento penal oral ordinario

Pte: Jiménez Márquez, Lucía

ECLI: ES:APL:2018:850

ANTECEDENTES DE HECHO

El Ministerio Fiscal, modificó sus conclusiones en el acto del juicio y entendió que los hechos constituyen un delito continuado de estafa de los artículos 74, 248.1 y 2 "in fine", por ser superior a los 250.000€ la cantidad defraudada, todos ellos del Código Penal, respondiendo de dicho delito los acusados en concepto de autores, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que procede imponer a cada uno de los acusados las penas de seis años de prisión y multa de dieciocho meses, con una cuota diaria de 18€, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago y si la pena privativa de libertad finalmente impuesta sea igual o inferior a cinco años, accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas y alternativamente, de un delito continuado de apropiación indebida de los artículos 74, 253.1, 250.1.5º y 2 "in fine" por ser superior a los 250000€ la cantidad de la que los acusados se apropiaron o distrajeron, para su propio beneficio, todos ellos del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil los acusados serán condenados a indemnizar conjunta y solidariamente al Grupo Inversor para el Desarrollo S.L en la cantidad de 13.000€; a Estrella en la cantidad de 6.000€; a Isidro en la cantidad de 6.000€ y el resto de personas que constan como donantes en la pieza separada de responsabilidades pecuniarias de los acusados, en el importe de las donaciones que cada una de ellas realizó en las cuentas bancarias de los acusados, o en las cuentas bancarias de la "Asociación DIRECCION001", salvo que en fase de ejecución de sentencia renunciaran de forma expresa a las indemnizaciones que le corresponden, en todos los casos con los intereses legales correspondientes desde el momento en que los perjudicados reclamaron la devolución de las donaciones y los del artículo 576 LEC. De las anteriores indemnizaciones responderá subsidiariamente la "Asociación DIRECCION001", sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera asistir a la misma contra los acusados.

Asimismo y constando que los acusados crearon con fines ilícitos la "Asociación DIRECCION001", interesamos que se proceda a la disolución de la misma de conformidad con lo establecido en los artículos 33.7b, 127.1, 129 y concordantes del Código Penal.

En el mismo trámite, la Acusación Particular ejercida por el letrado Sr. Jordi Gelpi i Arroyo entendió que los hechos constituyen un delito continuado de estafa previsto en el artículo 248.1 del Código Penal, en relación con los artículos 250.1.5º y 74, también del Código Penal, de que son criminalmente responsables los acusados, Don Luis Pablo y Doña Tarsila en su condición de autores, de acuerdo con lo establecido en los artículos 27 y 28 del Código Penal, sin que concorra ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, por lo que procede imponer a cada uno de los acusados las penas de seis años de prisión y multa de 12 meses con cuota diaria de 20€, y todo ello con expresa condena en costas, incluyendo las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, Don Luis Pablo y Doña Tarsila deberán indemnizar a el Grupo Inversor para el Desarrollo, SL en la suma de 13.000€.

En el mismo trámite, la defensa de Luis Pablo ejercida por el letrado Sr. David Peña i Nofuentes, solicitó la libre absolución de su representado y subsidiariamente calificó los hechos relacionados con la campaña del año 2010 como un delito menos grave de estafa del artículo 248 del CP el cual estaría prescrito, solicitando en su caso la pena de seis meses de prisión; en relación con los hechos de la campaña del año 2012 los calificó como un delito de estafa del artículo 248 del CP interesando una pena de 6 meses de prisión y respecto de los hechos de la campaña del 2015 hasta finales del 2016 los calificó como un delito en grado de tentativa (art. 16 y 62 CP) del art. 250.2 del CP solicitando la pena de un año de prisión. En todo caso solicitó la libre absolución por el delito de apropiación indebida.

La defensa de Tarsila ejercida por el letrado Sr. Alberto Martín García y la defensa de la Asociación DIRECCION001 ejercida por el letrado Sr. David Vicente Lara, se mostraron disconformes con el correlativo del Ministerio Fiscal, solicitando la libre absolución de sus defendidos, al entender que los hechos no son constitutivos de delito alguno.

HECHOS PROBADOS

Resulta probado, y así se declara por la Sala, que el acusado Luis Pablo, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, y la acusada Tarsila, mayor de edad y sin antecedentes penales, son padres de la menor Blanca, nacida el NUM004 de 2005 en Palma de Mallorca, la cual sufre tricotiodistrofia, enfermedad genética de las catalogadas como "raras" que provoca alteraciones cutáneas, oftalmológicas y trastorno del desarrollo y del lenguaje en un contexto de inteligencia límite, aunque sin riesgo vital inminente para la misma. La menor está asimismo diagnosticada de un Trastorno por déficit de atención e hiperactividad.

Como consecuencia de ello, en octubre de 2014, por la Consellería de Serveis Socials i Cooperació de Balears se reconoció a la menor el derecho a una prestación económica de 387,64 euros mensuales para curas en el entorno familiar, abonándose la misma en una cuenta corriente abierta a su nombre en la Banca March, con el número NUM005, en la que también consta el ingreso, durante los años 2014 a 2016, de un total de 4.880 euros por parte del Departament d'Ensenyament, en concepto de ayudas para educación.

La menor consta asimismo como cotitular de otra cuenta corriente que comparte al 50% con la acusada, abierta en la Banca March con el número NUM006.

Aprovechando la enfermedad de la menor, los acusados urdieron un plan para obtener un lucro patrimonial ilícito, constituyendo a tal fin el 28 de febrero de 2009 la ASOCIACIÓN DIRECCION001, con domicilio social en DIRECCION002 (Mallorca), figurando en sus estatutos como presidente de la misma el acusado Luis Pablo y como tesorera la acusada Tarsila. Como objeto social se hizo constar el de recaudar fondos y ayudas para la investigación de la enfermedad, informar y ayudar a familias con niños con enfermedades raras e informar a las Administraciones Públicas de enfermedades raras, cuando en realidad la finalidad era obtener el enriquecimiento personal de los acusados

La Asociación es titular de la cuenta corriente nº NUM007 del Banco de Sabadell, en la que constan autorizados Luis Pablo y Tarsila.

Durante los años 2010 a 2016, los acusados acudieron en varias ocasiones a distintos programas de televisión y concedieron entrevistas a diversos medios escritos de comunicación, siendo muchas las veces en que aparecían en compañía de la menor interactuando con ellos. A través de los medios no sólo ofrecían explicaciones de la

enfermedad de Blanca, sino que también manifestaban que necesitaban dinero para la investigación de la misma y sufragar los elevados costes de falsos tratamientos e intervenciones quirúrgicas en el extranjero que precisaba la pequeña, llegando en ocasiones a afirmar, también falsamente, que ello era necesario para superar el riesgo inminente de muerte en que se encontraba la menor, siendo facilitado a través de los medios el número de cuenta corriente en que hacer donaciones a tal fin.

La misma dinámica comisiva, con aprovechamiento de la enfermedad de su hija, utilizaron los acusados para enriquecerse ilícitamente cuando llegaron a la localidad de DIRECCION003 (Comarca del DIRECCION004, LLeida) procedentes de Illes Balears, a principios del año 2013. Al inicio del curso escolar 2013-2014 el acusado se reunió con los padres del colegio en el que habían inscrito a su hija, la "Escola DIRECCION005" de DIRECCION006, y les explicó la enfermedad que aquejaba a la menor y los problemas, tratamientos, intervenciones y costes que le generaba, repartiéndoles folletos de la Asociación en los que constaba un número de cuenta corriente. Tras esa inicial reunión, los acusados fueron más allá en aras a captar la empatía y sensibilización del colectivo a su favor e incrementar las donaciones, llegando a afirmar falsamente que Luis Pablo se encontraba aquejado por un cáncer de páncreas y también que la menor corría un riesgo inminente de fallecer, precisando por ello una operación urgente en Houston de elevado coste dinerario, lo cual tampoco era cierto. Dichas maniobras lograron efectivamente su cometido, sensibilizando de tal modo a padres y vecinos de la comarca y localidades próximas que dieron lugar al inicio de una serie de campañas de recaudación de fondos para la menor, tales como tómbolas, subastas de objetos cedidos por famosos, venta de participaciones de lotería y recaudación de dinero mediante huchas repartidas por distintos lugares, siendo ingresadas las respectivas recaudaciones en la cuenta bancaria de la Asociación facilitada por los acusados, y en algunas ocasiones entregadas en metálico a los mismos.

Durante el periodo en que los acusados estuvieron solicitando ayudas y donativos con la excusa de sufragar tratamientos farmacológicos, médicos y quirúrgicos de la menor y para investigar la enfermedad que la misma padecía, únicamente se ha acreditado que entre los años 2014, 2015 y 2016 percibieron un total de 412.450,44 euros en concepto de donaciones, bien mediante transferencia, bien mediante ingreso en efectivo, a través de las ya mencionadas cuentas corrientes abiertas en la Banca March y en el Banco de Sabadell. Dentro de tal cantidad están incluidos 3.000 euros que en fecha 29.11.2016 transfirió Grupo Inversor Para El desarrollo SL, el cual está constituido como Acusación Particular en la causa, quien además ya había transferido 10.000 euros con anterioridad a esas tres anualidades, concretamente el 17.12.2012, lo que hace un total de ingresos debidamente acreditados de 422.450,44 euros.

De ese total importe se destinaron 2.707 euros a gastos médicos de la menor pagados a la Clínica Universitaria de Navarra, 5.164,95 euros a gastos de educación de la misma, 1.945,84 euros a gastos de farmacia y 10.400 euros a donaciones a otras fundaciones, lo que arroja un resultado final de dinero ilícitamente obtenido para enriquecimiento personal de 402.232,65 euros, constando como los acusados cargaron en la cuenta bancaria de la Asociación diversos gastos relacionados con el alquiler de vivienda y locales de los que han dispuesto a lo largo de los años, así como la compra de vehículos y la concertación de seguros de todo tipo, pagos de hoteles y compras y consumos diversos, realizando a su vez frecuentes e importantes reintegros de dicha cuenta.

Durante ese mismo periodo los acusados no desempeñaron ninguna actividad laboral, a excepción de regentar un establecimiento de compra y venta de vinos en la localidad de DIRECCION006, el cual registró una mínima actividad del todo insuficiente para atender el sostén familiar, constando que los pagos del alquiler de dicho local se atendían con fondos de la cuenta de la Asociación.

El día 5 de diciembre de 2016 se acordó el bloqueo judicial del saldo de 5.464,95 existente en la cuenta de la Banca March titularidad de la menor, NUM008, y del saldo de 314.212,65 euros existente en la cuenta del Banco de Sabadell titularidad de la Asociación, NUM007.

Los acusados fueron finalmente detenidos el 7 de diciembre de 2016 y tras la práctica de los registros efectuados en su domicilio, así como en los locales alquilados y los vehículos utilizados por los mismos, se intervinieron un total de 2.180 euros en metálico, algunas cantidades de dinero que se encontraban en unas huchas de las utilizadas en las recaudaciones, una colección de relojes con un valor aproximado de 60.000 euros y diversos teléfonos móviles, ordenadores y equipos informáticos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Antes de entrar en otras consideraciones, conviene abordar las cuestiones previas alegadas por las partes al inicio de las sesiones del juicio.

A.-Cuestionan en primer lugar todas las defensas la competencia de este Tribunal, alegando que cabe atribuir la misma a la Audiencia Nacional en aplicación de lo dispuesto en el art. 65.1º,c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dispone dicho precepto que la Audiencia Nacional conocerá de "...Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia".

El artículo establece así dos requisitos para que pueda atribuirse la competencia a la Audiencia Nacional : 1º- Que se trate de un delito de "defraudaciones" o de "maquinaciones para alterar el precio de las cosas". 2º- Que se produzca o pueda producir uno solo de los tres resultados siguientes: a) grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil; b) Grave repercusión en la economía nacional ; c) Perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

Partiendo de ello, el auto del TS 19.9.18, recordando el contenido del auto de 10.6.16 , establece que "la exigencia de que las defraudaciones produzcan o puedan producir una grave repercusión en la economía nacional , en la seguridad del tráfico mercantil o que afecten a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, como se deduce de la conjunción utilizada en el texto legal son meramente disyuntivas: de ahí que sea suficiente la concurrencia de uno solo de tales presupuestos para que deba reconocerse la competencia de la Audiencia Nacional , y consiguientemente de los Juzgados Centrales de Instrucción (autos de esta Sala de 22/4/99 , 5/3/99, entre otros muchos). Es decir, la competencia de la Audiencia nacional viene señalada por una doble vía: en primer lugar las grandes defraudaciones que, sin tener en cuenta su diseminación por el territorio nacional , producen una grave incidencia sobre la seguridad del tráfico y un perjuicio de entidad en la economía nacional . Una segunda vía es la que establece alternativamente el mencionado precepto al atribuir la competencia a los órganos de Instrucción Centrales cuando, sin tener en cuenta las circunstancias que anteceden se produce un perjuicio patrimonial en una generalidad de personas que residan en el territorio de más de una Audiencia".

En cuanto al requisito de "grave repercusión en la economía nacional, esta última resolución, con referencia expresa al auto de 4.4.2000, también destaca que", se deslizan en él elementos que no son meramente económicos, que también pueden ser tomados en consideración, sobre todo en aquellas ocasiones que sin rebasar la cuantía (fijada jurisprudencialmente en superior a siete millones de euros como otras veces en veintiún millones de euros) estén presentes otros factores de naturaleza social o económica que permitan afirmar que la economía nacional pueda verse repercutida: auto de 20/1/2011 y el de 24/1/2012 que considera tales; que el domicilio fiscal radique en lugar diferente de la sede social del imputado; que pese a lo anterior el domicilio, residencia e intereses económicos reales estén en el extranjero; que el domicilio fiscal en España sea fraudulento y que la instrucción sea compleja en razón del entramado societario y actividad mercantil transnacional (Suiza,

Holanda, Antillas holandesas y Liechtenstein), exigiendo auxilio judicial internacional. Ahora bien, la competencia de los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, abstracción hecha en los tipos penales específicos, ha de ser interpretada de forma restrictiva en función de la excepcionalidad de la norma competencial en detrimento del principio general de territorialidad. Por ello esta Sala ha declarado que "los criterios de atribución contenidos en el art. 65.1 c) y d) han de ser interpretados en función de la dificultad de una instrucción en el territorio donde se cometió el delito y su posibilidad de generar una lesión al derecho fundamental a las dilaciones indebidas (Acuerdo del Pleno de la Sala II de fecha 21 de mayo de 1999)".

Por lo que se refiere al presupuesto de perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia, señala el Auto del TS de 7.12.17 que el mismo "ha de interpretarse en función de la finalidad que justifica la excepción respecto al principio de territorialidad y conexidad y los criterios jurisprudenciales tanto en la configuración del término "generalidad de personas" el cual hay que reconducir a la hermenéutica propio del concepto de "delito masa" al que se refiere "in fine" el párrafo 2 del art. 74 del Código Penal, como en la línea progresivamente restrictiva de las normas que supongan alteración de las reglas generales de atribución de competencias (Autos T.S. 2-12-94 y 22-12-94)". En la misma línea abunda el Auto del TS de 19.11.14, estableciendo que "el criterio jurisprudencial, expresado en los autos de 15 de julio de 1987, 11 de abril de 1988, 27 de septiembre de 1990, 25 y 26 de marzo de 1996, y 16 de abril de 1999, entre otros, es el de que, a estos efectos de competencia, debe interpretarse la expresión "generalidad de personas" en el sentido de pluralidad importante de sujetos pasivos, que cuando se encuentran dispersos por el territorio de varias Audiencias, justifican la aplicación de la norma especial de competencia. El alcance del término "generalidad de personas" fue objeto del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala que con fecha 30.4.99 acordó: "La exigencia de generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia ha de ser interpretada finalísticamente, en función de posibilidad de instrucción, valorando la transcendencia económica así como si la necesidad de una jurisdicción única sobre todo el territorio servirá para evitar dilaciones indebidas".

Partiendo de todo ello, la Sala entiende que debe mantenerse la competencia de este Tribunal.

En primer lugar, porque la acusación se ha sostenido sobre la base de un delito continuado de estafa en que la cuantía de lo defraudado se ha situado en un importe de 1.111.317, 55 euros, el cual se encuentra muy por debajo de los siete millones de euros establecidos jurisprudencialmente para la aplicación del art. 65.1.c) de la LOPJ, no concurriendo además ninguna otra especial circunstancia por la que pueda entenderse que nos hallemos ante una defraudación que produzca una grave incidencia sobre la seguridad del tráfico o un perjuicio de entidad en la economía nacional.

En segundo lugar, porque en atención al número resultante de perjudicados, aun tratándose inicialmente de un número elevado, el mismo ha quedado reducido finalmente en la presente causa a cincuenta y tres, según se desprende del contenido de la pieza separada de responsabilidad civil, por lo que no podemos entender que nos encontremos ante una pluralidad de sujetos pasivos suficientemente relevante en los términos exigidos por la jurisprudencia, ni ante un "delito masa", al que la misma se ha venido refiriendo en varias ocasiones para configurar el término "generalidad de personas". Finalmente, tampoco desde un punto de vista finalístico se ha hecho necesaria en este caso una jurisdicción única sobre todo el territorio nacional para evitar la demora en una instrucción que no se ha extendido más allá de un año, como después se argumentará al descartar la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas interesada por las defensas.

B.-Otra de las cuestiones introducidas por las defensas es la nulidad de determinadas actuaciones:

B.1.- En concreto, las defensas de Luis Pablo y de la Asociación DIRECCION001 han coincidido en solicitar la nulidad de actuaciones derivada de la postura procesal atribuida a la Asociación en el proceso, alegando que la misma, sin haber intervenido durante la instrucción como investigada y sin que se la mencionara en tal calidad en el auto de acomodación de la causa a los trámites de procedimiento abreviado, pasó formalmente a ser

acusada por el Ministerio Fiscal, añadiendo que , además, el auto de apertura de Juicio Oral le fue notificado a través del acusado Luis Pablo, circunstancia generadora de indefensión, ante la posible existencia de intereses contradictorios entre el acusado y la Asociación.

En base a ello se pide la nulidad de actuaciones con retroacción al momento anterior al dictado del auto de procedimiento abreviado con el fin de determinar si la Asociación tiene la consideración de acusada o únicamente de responsable civil subsidiaria. Se añade que, en el caso de que únicamente fuera considerada como responsable civil subsidiaria también debería acordarse la nulidad por la indefensión derivada del defecto al momento de la notificación del auto de apertura de Juicio Oral.

En materia de nulidad de actuaciones, el art. 238, párrafo 3º de la LOPJ, determina que la misma se acordará si se hubiere prescindido absolutamente de las normas esenciales del procedimiento o se hubieren vulnerado los principios de audiencia, asistencia y defensa, produciéndose una efectiva y material indefensión, estableciendo la jurisprudencia constitucional de forma reiterada que la nulidad ha de ser admitida con criterios restrictivos (Sent. 366/93, 106/93, 145/90) y también el Tribunal Supremo (Sentencia 10/92, Auto 23- 1-95), especificando este último en sentencia de 24 de marzo de 2000 que "conforme a lo que establece el art. 242 de la referida Ley Orgánica, se ha de aplicar el principio de conservación de actuaciones que ese artículo establece y que se complementa con la posibilidad de subsanación de requisitos legalmente exigidos que se recoge en el siguiente art. 243 de la misma Norma Legal (sentencias de 12 de Abril de 1.989, 5 de Noviembre de 1.990, 8 de Octubre de 1.992 y 28 de Enero de 1.993").

Partiendo de tal postura jurisprudencial, la pretensión de las partes no puede ser acogida.

En cuanto a la situación procesal de la Asociación en el procedimiento, ninguna nulidad procede acordar derivada de la misma cuando consta que el Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones aclarando que la disolución de aquella se interesaba como una mera consecuencia accesoria de las previstas en el art. 129 del CP, por lo que ha de entenderse que no estamos ante un supuesto de responsabilidad penal de persona jurídica del art. 31 bis del CP., sino de responsabilidad civil subsidiaria, tal y como consta expresamente en la quinta de las conclusiones del Ministerio Público.

Sentado ello, y como ya se adelantó en la Sala, entiende el Tribunal que además la notificación del auto de apertura del Juicio Oral a través del presidente de la Asociación resulta correcta, cuando se trata de quien ostenta legalmente su representación, no pudiendo ampararse en la misma una posible afectación del derecho de defensa de la parte en los términos que se alegan.

B.2.- La defensa de la Asociación interesa además la nulidad de actuaciones con retroacción al momento de la presentación de su escrito de fecha 14 de septiembre de 2018, en el que solicitaba el desbloqueo de la cuenta abierta en el Banco de Sabadell a nombre de la Asociación a los efectos de poder proceder al pago de honorarios de letrado y procurador y también para el pago de honorarios de un perito economista y un perito médico que se pretendían aportar al acto del plenario.

De tal solicitud se dio traslado a las demás partes y se resolvió sobre la misma con carácter previo al inicio del acto del juicio, el día 2 de octubre de 2018, quejándose de ello la parte, pues entiende que el hecho de no haberse resuelto con anterioridad le ha causado indefensión, impidiéndole aportar las periciales al acto del plenario por no haber dispuesto de fondos.

De ninguna manera se puede compartir tal postura. Los acuerdos a los que la parte pueda llegar, de índole económica o no, con quienes hayan de facilitarle medios de prueba no pueden anudarse a efectos de indefensión con la adopción de una medida cautelar como fue el bloqueo judicial de la cuenta de la Asociación, el cual, como ya se señaló al resolver la cuestión en el plenario,

se encuentra justificado en aras al aseguramiento del conjunto de las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse de la comisión del delito enjuiciado, recayendo sobre dinero que indiciariamente fue obtenido ilícitamente, por lo que era procedente su mantenimiento a la espera del resultado final del procedimiento.

B.3.- Finalmente, por la defensa de la acusada se interesó la nulidad de la instrucción de la causa a partir del atestado policial, viniendo a sostener que toda esa fase del procedimiento se había llevado a cabo policialmente y al margen de las partes, con una predisposición incriminatoria del cuerpo policial, derivada de su posición de perjudicado por cuanto en la propia comisaría se habían realizado donaciones a favor de Blanca, quejándose también de la postura protagonizada por el instructor al momento de recibir declaración a los investigados, a quienes, según la parte, atosigó con sus intervenciones.

Ante tal genérico y sorprendente planteamiento de la cuestión, la Sala instó a la parte para que puntualizara las concretas actuaciones judiciales cuya nulidad interesaba, lo que no logró, pues se mantuvo una global petición de nulidad del atestado policial y diligencias derivadas, consistentes en declaraciones de testigos, perjudicados, periciales y entradas y registros.

En primer lugar, hay que recordar que la nulidad está directamente relacionada con las actuaciones judiciales, naturaleza de la que no participa el atestado policial, cuando de todos es sabido que únicamente puede inicialmente atribuírsele el valor de mera denuncia, sin que resulte reprochable el hecho de que en el mismo se contengan eventuales calificaciones jurídicas de los hechos investigados, como denuncia la parte, pues también es sabido que para nada vinculan a los tribunales, sirviendo inicialmente exclusivamente para orientar y estructurar la investigación policial. Por lo que se refiere a la entrada y registro practicada en el domicilio de los acusados, se constata que se amparó en la oportuna resolución judicial autorizándola, debidamente motivada, practicándose en presencia de los acusados (folios 142 y ss), cumpliendo escrupulosamente con los requisitos legales para su adopción. En cuanto a las entradas en los locales abiertos al público, sabido es que los mismos no están incluidos en el ámbito de protección del domicilio, por lo que no precisan las formalidades procesales que se imponen a los registros domiciliarios (STS 17.2.2005). Finalmente, en relación con la disconformidad de la parte con la actuación del instructor, la misma no deja de ser un vacuo exceso defensivo, siendo que las declaraciones en calidad de investigados se practicaron con asistencia letrada, sin que conste la formulación de queja alguna al momento de su práctica (ver folios 674 y ss y 685 y ss).

Por todo ello, la cuestión también se desestima.

C.-El resto de cuestiones planteadas al inicio del plenario se referían a proposición de varias pruebas, cuya práctica se denegó bien por tratarse de documental que podía obtener la propia parte (un historial clínico de la menor) o resultar irrelevante para el enjuiciamiento (requerimiento de documentación a medios televisivos), bien por tratarse de pruebas extemporáneas e innecesarias ante la copiosa documentación médica existente en la causa (citaciones como testigos de más facultativos), remitiéndonos en todo ello al contenido del soporte videográfico del acto del plenario.

D.-También se resolvieron con carácter previo dos recursos de súplica contra las providencias de 6.9.18 y 25.9.18, ratificando la Sala su contenido, remitiéndonos igualmente a la argumentación entonces vertida.

Sentado todo ello, los hechos han sido declarados probados tras valorar la Sala, conforme dispone el art. 741 de la LECriminal, las pruebas practicadas en el acto del plenario, consistentes en las declaraciones de los acusados y los testigos, así como la documental y periciales aportadas.

Tales hechos son constitutivos de un delito continuado de estafa agravada de los artículos 74 y 248.1 y 250.1.5º del Código Penal vigente con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, por resultar su

aplicación más favorable a los acusados.

Según reiterada doctrina legal y jurisprudencial, son elementos configuradores del delito de estafa los siguientes: 1) Utilización, por parte del autor del delito, de un engaño previo bastante para generar un riesgo no permitido para el bien jurídico (primer juicio de imputación objetiva); esta suficiencia, idoneidad o adecuación del engaño ha de establecerse con arreglo a un baremo mixto objetivo-subjetivo, en el que se pondere tanto el nivel de perspicacia o intelección del ciudadano medio como las circunstancias específicas que individualizan la capacidad del sujeto pasivo en el caso concreto, 2) el engaño ha de desencadenar el error del sujeto pasivo de la acción, 3) debe darse también un acto de disposición patrimonial del sujeto pasivo debido precisamente al error, en beneficio del autor de la defraudación o de un tercero, 4) la conducta engañosa ha de ser ejecutada con dolo y ánimo de lucro y 5) de ella tiene que derivarse un perjuicio para la víctima, perjuicio que ha de aparecer vinculado causalmente a la acción engañosa (nexo causal) y materializarse en el mismo el riesgo ilícito que para el patrimonio de la víctima supone la acción engañosa del sujeto activo.

En dicha línea, señala la STS de 29.9.18 que "la construcción del reproche penal descansa en la exigencia de un engaño que el sujeto activo despliega de manera adecuada para que despierte en el sujeto pasivo una convicción equivocada de la realidad existente, por lo que el destinatario del engaño, impulsado por esa inexactitud y mentira, realiza voluntariamente un acto de disposición patrimonial que no hubiera abordado de otro modo y que le perjudica. Existe engaño cuando el autor afirma como verdadero algo que no lo es o cuando oculta o deforma algo verdadero para impedir que el otro lo conozca, pues aunque generalmente la maquinación engañosa se construye sobre la aportación de datos o elementos no existentes, dotándoles de una apariencia de realidad que confunde a la víctima, es posible también que consista en la ocultación de datos que deberían haberse comunicado para un debido conocimiento de la situación por parte del sujeto pasivo".

El engaño se constituye así en la espina dorsal de la estafa, el cual debe ser suficiente además de precedente o concurrente con el acto de disposición de la víctima que constituye la consecuencia o efecto de la actuación engañosa, sin la cual no se habría producido el traspaso patrimonial, acto de disposición que realiza el propio perjudicado bajo la influencia del engaño que mueve su voluntad (SSTS. 1479/2000 de 22.9; 577/2002 de 8.3; y 267/2003 de 24.2) y que puede consistir en cualquier acción del engañado que causa un perjuicio patrimonial propio o de tercero, entendiéndose por tal tanto la entrega de una cosa como la prestación de un servicio por el que no se obtiene la contraprestación.

Tal y como señala la STS de 10.5.18, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues "bastante" no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima".

La misma sentencia sigue señalando que "La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado..... Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio

general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección"

En tal línea, la STS 162/2012 del 15 marzo establece que "dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con específicas exigencias de autoprotección, cuando la intencionalidad del autor para aprovecharse patrimonialmente de un error deliberadamente inducido mediante engaño pueda estimarse suficientemente acreditada, y el acto de disposición se haya efectivamente producido, consumándose el perjuicio legalmente previsto" (en ello inciden las SsTS 700/2006 de 27 junio de 2006 , 27/12/2010, 5/7/2012, 324/12 de 10 de mayo, recurso 1106/11).

En el presente supuesto, los acusados, padres de la menor Blanca, nacida el NUM004 de 2005, han venido a reconocer tanto la creación en febrero de 2009 de la " Asociación DIRECCION001" como la concesión de entrevistas a distintos medios escritos de comunicación y su paso por diversos programas televisivos, reconociendo también sus reuniones con los padres de los alumnos del colegio al que acudía Blanca en la localidad de DIRECCION006. Sin embargo, en el acto del plenario, tal y como habían hecho durante la instrucción, negaron que todo ello -incluidas las peticiones de donativos que en muchas ocasiones acompañaban a sus explicaciones- viniera presidido por un ánimo defraudatorio, afirmando que únicamente les movía el deseo de explicar los problemas derivados de la enfermedad de su hija, aquejada de dicotriodistrofia, y obtener medios económicos de los que carecían con el fin de hallar alguna solución a través de la investigación y de los tratamientos e intervenciones médicas necesarios para mitigar los efectos de tal padecimiento, además de intentar superar el riesgo de fallecimiento inminente de Blanca, tras haber sido alertados por los médicos de su corta esperanza de vida.

Conformes en cuanto a las intenciones y el fin de su conducta, también lo estuvieron en que el protagonismo lo asumía siempre el acusado, tanto en lo relativo a la creación y funcionamiento de la Asociación, como en lo atinente a su relación con los medios de comunicación, explicaciones públicas de la enfermedad y problemas de la menor y gestión económica relacionada con los donativos. También sostuvieron que era únicamente el padre quien acompañaba a Blanca a las distintas intervenciones quirúrgicas realizadas en el extranjero, unas cinco dijo la acusada, añadiendo que ella no iba porque tenía pánico a volar y se ponía muy nerviosa en las visitas médicas de la menor, explicación sustancialmente distinta a la que ofreció el acusado al respecto, cuando sostuvo que su esposa no le acompañaba porque no estaba de acuerdo en algunas cosas. El acusado asimismo manifestó ante el Tribunal que tras la quinta operación le habían "reseteado" el cerebro a su hija, explicando que los médicos le realizaban una especie de punción en la cabeza extrayéndole los genes para después volver a introducirlos tras haberlos mutado, todo ello mientras él se encontraba presente. Tras tales intervenciones, la acusada declaró no haber visto señal alguna en el cuerpo de Blanca, limitándose a manifestar que, sin embargo, sí notaba mejoría en la menor.

En cuanto a la situación económica familiar, coincidieron ambos en que tras el nacimiento de Blanca sus únicos ingresos provenían del trabajo del acusado, pues la madre dejó de trabajar, pasando a dedicar todo su tiempo al cuidado de su hija. En versión del acusado, sus ingresos provenían de las conferencias que el mismo daba en su condición de "coach" y del negocio de venta de vinos a que se dedicaba, acudiendo a mercadillos, con lo que obtenía unos ingresos anuales de alrededor de 30.000 euros, dedicación que ya tenía cuando vivían en Baleares,

manteniéndola al llegar a la comarca del DIRECCION004, a la que se desplazaron a principios de 2013 buscando unas mejores condiciones climáticas para Blanca, procediendo a abrir un local de venta de vinos en la localidad de DIRECCION006.

La versión de los acusados, aún legítima y lógicamente exculpatória, no ha logrado sin embargo convencer a la Sala, siendo la misma claramente desmontada a través del resultado de la abundante y contundente prueba de cargo practicada en el plenario, frente a la escasa e inconcluyente prueba de descargo presentada por las defensas, según pasamos a argumentar:

A.-Comenzando por la situación de la menor Blanca, no existe duda alguna de que la misma se encuentra afectada por una de las enfermedades catalogadas como "raras" como es la tricotiodistrofia, y también por un Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad. Así se desprende del informe realizado el 20 de marzo de 2017 por la Dra. Tania, médico forense adscrita a los Juzgados de DIRECCION000, el cual fue debidamente ratificado en el acto del plenario, habiendo sido elaborado tras el examen de la extensa documental médica aportada a la causa relacionada con el historial de la menor desde su nacimiento, como son los informes del HOSPITAL000, del Centro de Educación Especial DIRECCION007 y HOSPITAL001 de Mallorca, del HOSPITAL002 de Barcelona, de la Clínica Universitaria de Navarra y del seguimiento del DIRECCION008 (DIRECCION009) entre noviembre de 2013 y diciembre de 2016, así como del curso clínico de la Funcació DIRECCION010 de DIRECCION000 de 24.11.13 hasta el 29.4.15.

Según declaró la forense, a los dos meses de nacer Blanca sus síntomas ya apuntaban a que la misma podía padecer tricotiodistrofia, lo cual fue confirmado en el año 2009 por el Dr. Jesús Carlos del HOSPITAL003 de Barcelona. En el informe de la Dra. Tania se concluye que la tricotiodistrofia provoca en la menor distintas alteraciones cutáneas, oftalmológicas y trastorno del desarrollo y del lenguaje en el contexto de una inteligencia límite, añadiendo que el trastorno del desarrollo y la inteligencia límite no le tendrían que impedir un buen grado de autonomía en las actividades de la vida diaria, aunque sí que se puede ver afectada la habilidad o ejecución en el desarrollo de sus capacidades, requiriendo la misma la intervención de más de un médico especialista para ir tratando las manifestaciones multisistémicas de la enfermedad, siendo la más grave la tendencia a las infecciones. Se trata de una enfermedad genética que, según afirmó la forense, en la actualidad no tiene cura, cuyas consecuencias se palian a través de la intervención de distintos médicos especialistas que aplican tratamientos específicos a las diversas manifestaciones de la enfermedad. En el caso de Blanca consta que a la misma le han sido aplicados tratamientos cutáneos y también tratamiento con toxina botulínica para la espasticidad que presenta.

Preguntada la forense en el acto del plenario sobre posibles intervenciones quirúrgicas de la menor en el extranjero y en relación con la sorprendente técnica de "mutación genética" a que hizo referencia el acusado, la misma fue tajante, afirmando que a través de la documentación aportada no existía constancia de tales intervenciones y que lo único que encontró fue algún e.mail en inglés intercambiado por la doctora Marí Juana de la Clínica Universitaria de Navarra con un laboratorio de Francia para un estudio genético. Igual de contundente fue respecto de la alegada técnica de "mutación genética", manifestando que la desconocía y que únicamente existían estudios de terapias genéticas a nivel experimental y embrionario para algunas enfermedades, añadiendo que la Sanidad pública española está perfectamente preparada para ofrecer los tratamientos que requiere la tricotiodistrofia. Finalmente, y con la misma claridad, también afirmó que de ninguno de los informes médicos examinados surgían sospechas de la existencia de un riesgo inminente para la vida de la menor, ratificando así su segundo informe emitido con fecha 3 de julio de 2017, obrante al folio 3350 de la causa.

En línea semejante se mantuvo la declaración del director - y especialista en pediatría- de la Fundació del DIRECCION010 de DIRECCION000, el Dr. Santos, el cual manifestó que el Dr. Sergio, pediatra de cabecera

de la localidad de DIRECCION006, solicitó de forma reiterada a los padres de Blanca documentación de la enfermedad que nunca les entregaron, lo cual no era habitual. También dijo que realizaron tratamientos de soporte a la menor, pero que nunca ingresó por una complicación aguda, añadiendo que él visitó en una sola ocasión a Blanca y ofreció personalmente a los padres ayuda con derivación al HOSPITAL002, a lo que se negaron diciendo que el tratamiento ya lo recibían en el HOSPITAL001 de Mallorca y en Houston, resultando infructuosas las averiguaciones a través de internet y las llamadas telefónicas que se hicieron por parte del Dr. Sergio a clínicas de Houston, no logrando constatar que existieran o funcionaran tratamientos como los descritos por el acusado.

También compareció el Dr. Jesús Carlos, dermatólogo pediátrico del HOSPITAL003 de Barcelona y experto en problemas de cabello, y miembro del grupo europeo de Tricología, declarando el mismo que ya en el año 2005, cuando la menor contaba con unos siete meses de edad, le fue remitida una muestra de pelos de la misma que, tras ser analizada, ofreció claros signos de tricotiodistrofia, confirmando el diagnóstico en el año 2009 cuando le remitieron una nueva muestra a través de la agencia Efe, recordando haber contactado en esta última ocasión con una tal Gloria, nunca con los padres de la menor. El facultativo manifestó conocer el estudio de 112 casos a nivel mundial de la enfermedad, refiriendo que en el mismo se hace mención a un nivel de mortalidad más elevado de lo común en los 10 primeros años de vida del enfermo, pero matizó que en muchos de tales casos ello tenía lugar en países subdesarrollados con una mayor tasa de mortalidad infantil, añadiendo que él mismo realizó en el año 2012 un estudio sobre 20 casos de tricotiodistrofia (el más extenso en España), en el que nadie había fallecido antes de los 10 años e incluso una de esas personas ya había alcanzado los 47 años de edad. Coincidió con la médico forense en que se trata de una enfermedad genética que no tiene tratamiento, aunque se pueden mejorar las consecuencias negativas sobre la piel y el cabello, dejando claro que no le constaba la existencia de tratamientos con técnicas como las relatadas por el acusado de cambio de ADN en los genes en este tipo de enfermedad.

La valoración conjunta de todo ello apunta de forma clara en una única dirección, cual es que no existe evidencia alguna de la realidad de las intervenciones quirúrgicas de la menor en el extranjero, máxime si tenemos en cuenta que tanto el acusado como su hija carecían de pasaporte, habiéndolo así afirmado el instructor de la causa, sargento del cuerpo de Mossos d'Esquadra con número de identificación NUM009, lo que hacía a todas luces imposible su entrada en EEUU. Tampoco se ha justificado la existencia del tratamiento descrito por el acusado ni de un riesgo vital inminente para la menor en los términos que han venido sosteniendo ambos padres, no pudiéndose considerar ello enervado a través de la pericial aportada por la defensa de Luis Pablo al acto del plenario, elaborada por el Dr. Benedicto, especialista en medicina de la educación física y deporte y médico forense del Institut de Medicina Legal y Ciències Forenses de Catalunya. El perito, tras coincidir con los facultativos en cuanto a las consecuencias y tratamiento de los síntomas de la tricotiodistrofia, se refirió a la reducción de la esperanza de vida de los afectados por la misma en los primeros años de vida, remitiéndose desde un punto de vista puramente teórico al estudio a nivel mundial de esos 112 casos mencionado por el Dr. Jesús Carlos, añadiendo que esa esperanza de vida se ve disminuida especialmente por las infecciones que suelen padecer los afectados por la enfermedad. Al hilo de esto último, el perito fue específica y reiteradamente preguntado en el plenario si en el caso de Blanca, en que constan un total de 16 visitas médicas en 10 años según la documental aportada, consideraba que se trataba de una frecuencia alta o baja, lo cual obtuvo únicamente respuestas evasivas, manifestando finalmente el perito que no lo podía valorar, algo que no deja de sorprender a la Sala, quien a priori atribuye capacidad y conocimientos médicos suficientes al perito para emitir su parecer desde un punto de vista estrictamente profesional. En cuanto a los posibles tratamientos de la tricotiodistrofia, el perito refirió que, tras haberse informado de la cuestión, es conocedor de que existen ensayos clínicos en marcha en los que se trabaja sobre células embrionarias para su aplicación en personas vivas, en lugares como Pensilvania, Stanford, China o Cambridge, sin hacer referencia alguna a la ciudad de Houston.

Con este resultado, la pericial de parte no ha logrado convencer a la Sala en aras a servir de apoyo a la versión sostenida por los acusados, revelándose la misma no sólo claramente evasiva en los aspectos ya mencionados, ensombreciendo así su objetividad, sino también genérica e inconcluyente por su abordaje estrictamente teórico de la enfermedad, frente a las conclusiones mantenidas por el Dr. Jesús Carlos desde el estudio empírico de la misma, coincidentes con las del Dr. Santos y también con las de la médico forense, a quien no puede atribuirse interés de ningún tipo que pueda viciar la objetividad e imparcialidad de su actuación, siendo sabido que la prueba pericial ha de ser valorada por los Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse a dictámenes concretos, pudiendo optar por decantarse por unos u otros de forma razonada, quedando sujeta esta prueba, como cualquier otra, a la valoración conjunta de todo el material probatorio conforme a lo previsto en el art. 741 de la LECriminal, disponiendo el Tribunal de las ventajas de la inmediación para completar el contenido básico del dictamen con las precisiones que hagan los peritos ante las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan (art. 724 de la LECriminal).

B.-Pues bien, los acusados, yendo más allá de este concreto marco y consecuencias de la enfermedad de su hija, empezaron a aparecer en algunos programas de la televisión a finales del año 2008, concretamente el 28 de noviembre en el programa "Balears en Acció", solicitando ayuda económica para conseguir entre 250.000 y 300.000 euros para viajar a Brasil y realizar un tratamiento genético a la menor, viaje que difícilmente se ajustaba a la realidad, por cuanto el mismo era inviable al carecer padre e hija de pasaporte, tal y como se ha expuesto.

Poco después, el 28 de febrero de 2009, aprovechando la enfermedad de la menor, los acusados constituyeron la ASOCIACIÓN DIRECCION001, con domicilio social en DIRECCION002 (Mallorca), figurando en sus estatutos como presidente de la misma el acusado Luis Pablo, como tesorera la acusada Tarsila y como secretaria la hermana de esta última. (folios 323 y ss de la causa). Como objeto social de la Asociación se hizo constar el de recaudar fondos y ayudas para la investigación de la enfermedad, informar y ayudar a familias con niños con enfermedades raras e informar a las Administraciones Públicas de enfermedades raras, cuando en realidad la finalidad era obtener su enriquecimiento personal, como se ha evidenciado.

A partir de ahí, en el periodo existente entre los años 2010 y 2016 - al que hace expresa referencia la acusación-, tal y como se desprende del atestado policial ratificado en el plenario -folios 2001 y ss de la causa- y del contenido de la documental videográfica aportada a la causa por la televisión autonómica balear y por Antena 3 (folio 1975) -de la cual se reprodujeron varias grabaciones en el acto del plenario-, los acusados acudieron en varias ocasiones a diferentes programas televisivos y concedieron entrevistas a diversos medios escritos, en los que, acompañados por la menor, además de explicar la enfermedad que padecía Blanca y la creación y funcionamiento de la Asociación, llegaron a utilizar falsos argumentos como la necesidad de sufragar tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas en Estados Unidos, sosteniendo incluso que la misma se hallaba en riesgo inminente de fallecer, facilitando en número de cuenta bancaria en que recibir los donativos. Consta así que en el año 2010 acudieron hasta siete veces a IB3 tv; una vez en 2011 (en que se pidió dinero para una operación de una membrana del cerebro que hace que la menor tenga síntomas parecidos al alzheimer); dos veces en 2012 (en una de ellas el acusado llegó a afirmar que la menor tenía un 30% de células muertas y necesitaban 47.000 euros para operarla) y tres veces en 2013 (hablando de la realización de la campaña "un globo por un euro" y de que se había operado a la menor en Houston). En términos semejantes se presentaron en el programa "Espejo Público" de Antena 3, al que acudieron tres veces en 2012; tres veces en 2013; una vez en 2014 y una vez en 2016, refiriendo operaciones en Houston, solicitando donativos para tratamientos y para alargar la vida de la menor. A la vez que esto ocurría, se publicaron varios artículos y entrevistas en el mismo sentido en periódicos como La Vanguardia y El Mundo, siendo del todo sugestivo el contenido del artículo de 26 de noviembre de 2016 en este último medio, en que aparece la fotografía de padre e hija con el mensaje "no te vas a morir".

De esta forma, los acusados lograron captar un gran número de donativos, los cuales fueron a parar, bien mediante transferencia, bien mediante ingresos en efectivo en la cuenta abierta a nombre de la Asociación en el Banco de Sabadell y en la cuenta a nombre de la menor abierta en la Banca March.

C.-Por si ello no fuera suficiente, durante el periodo existente entre los años 2013 y 2016, a esos donativos se unieron los de los padres de alumnos y vecinos de la comarca del DIRECCION004 y alrededores, después de que a principios de 2013 se instalara la familia Tarsila Blanca Luis Pablo en la localidad de DIRECCION003. Así, al inicio del curso escolar 2013-2014 el acusado se reunió con los padres del colegio en el que habían inscrito a su hija, la escuela " DIRECCION005" de DIRECCION006, y les explicó la enfermedad que aquejaba a la menor y los problemas, tratamientos, intervenciones y costes que le generaba, repartiéndoles folletos de la Asociación en los que constaba un número de cuenta corriente. Tras esa inicial reunión, los acusados fueron más allá en aras a captar la empatía y sensibilización del colectivo a su favor e incrementar las donaciones, llegando a afirmar falsamente que la menor corría un riesgo inminente de fallecer, precisando por ello una operación urgente en Houston de elevado coste dinerario. Como complemento de su estrategia, también sostuvieron que el acusado se encontraba aquejado por un cáncer de páncreas -llegando el mismo a aparecer con la cabeza rapada-, cuando ninguna justificación médica se ha aportado para acreditarlo, pese a la evidente facilidad probatoria con que contaban, obrando además al folio 1279 de la causa información remitida por el Servei de Salut de Balears en el que se afirma que no les consta tal padecimiento.

Tales ilícitas y torticeras maniobras lograron efectivamente su cometido, sensibilizando de tal modo a padres y vecinos de la comarca y localidades próximas que dieron lugar al inicio de una serie de campañas de recaudación de fondos para la menor, tales como tómbolas, subastas de objetos cedidos por famosos, venta de participaciones de lotería y recaudación de dinero mediante huchas repartidas por distintos lugares, siendo ingresadas las respectivas recaudaciones en la cuenta bancaria de la Asociación facilitada por los acusados, y en algunas ocasiones entregadas en metálico a los mismos, resultando todo ello claramente acreditado a través de la extensa testifical practicada en el plenario.

El director de la escuela " DIRECCION005", el Sr. Carlos Jesús, hizo referencia a esa primera reunión celebrada al inicio del curso 2013-2014, añadiendo que, tras explicarles el acusado la problemática de Blanca, con aportación de documental médica, lograron que el Departament d'Ensenyament les nombrara un auxiliar de atención especial para la menor, recordando que en la escuela hubo una colecta para una operación en Houston.

En sentido semejante declaró la Sra. Mónica, quien fue profesora de matemáticas y tutora de Blanca, relatando además que en el curso 2015-2016 estaban en alerta porque los padres de la menor les habían advertido de que su fallecimiento podía ser inmediato, estando prevista una operación en Houston para principios de 2016. Añadió que en ocasiones la menor faltaba a las clases y los padres le comentaban que era por sus problemas de salud, pero que al volver no observaba en la niña mejoría física ni psíquica.

Al acto del plenario también comparecieron varios padres de alumnos haciendo referencia a esa primera reunión informativa, manifestando que, transcurridos un año y medio o dos, a través de un chat creado por el grupo en relación con el tema de Blanca, se solicitó una cantidad de dinero para cubrir alrededor de 140.000 euros que los acusados decían necesitar para tratamientos y una operación en Houston. A partir de ahí, plenamente sensibilizados, se organizaron en grupos e hicieron recaudaciones a través de sorteos, tómbolas, subastas, donativos y venta de lotería. Así vinieron a manifestarlo Rocío, Adriano y Sabina, quien actuó en calidad de tesorera, explicando que ella recogía el dinero y lo ingresaba en la cuenta del Banco de Sabadell que le había facilitado Luis Pablo y Tarsila, quienes también le dijeron que el acusado padecía cáncer de páncreas.

Especialmente reveladora fue la declaración vertida por una de las madres, María Inés, cuyo domicilio se encuentra muy cercano al de los acusados, con quienes llegó a entablar una estrecha relación. Ello hizo que se

ofreciera como portavoz del grupo y como intermediaria entre el mismo y los padres de Blanca, manifestando la testigo que después de comentarle los acusados los padecimientos de la niña y la necesidad de recaudar dinero, le comentaron también que Luis Pablo tenía cáncer, lo que aún la sensibilizó más en relación con los problemas de la familia, pues ella misma había pasado por esa enfermedad. La testigo participó muy activamente en todo lo que podía generar recaudación, llegando incluso a contactar personalmente con el programa "El Foraster" de TV3 y acompañando a la familia a la grabación. Añadió que el acusado les decía que iba a EEUU y les explicaba las operaciones de Blanca, diciéndoles que eran muy largas y que él siempre estaba presente. Subrayó la Sra. María Inés que nunca llegó a solicitar justificación alguna a los acusados porque siempre creyó lo que le contaban, añadiendo que Luis Pablo tenía poder de convicción, hasta tal punto que cuando se destapó la investigación policial, en un principio ella se mantuvo en la defensa de los acusados hasta ser consciente de que había sido engañada, explicando cómo la noche en que se produjo la detención de los padres de Blanca, la menor se quedó a dormir en su domicilio, comprobando como ni padecía problemas de insomnio, ni de identificación de las personas de su alrededor, pese a que así se lo habían afirmado en varias ocasiones los padres, añadiendo que Blanca le explicó que habían ido en avión a París y a Palma, pero no a Nueva York.

La versión de la Sra. María Inés vino a resultar corroborada a través de la testifical de su esposo, el Sr. Íñigo.

D.-Contamos por otro lado con las testificales de varias personas que efectuaron sus donativos a la vista de las campañas realizadas a favor de Blanca, como el Sr. Leonardo, quien hizo dos donativos de 150 euros cada uno (folios 1172 y 1173); o Inocencia, en representación del grupo amateur de teatro " DIRECCION012", el cual donó sus beneficios del año 2015, un total de 6.503, 10 euros (folios 1186 y ss), explicando la testigo como en todas las escuelas de DIRECCION000 se colocaron huchas recaudatorias, informando ella misma a sus propios alumnos del caso de Blanca; o Isidro, quien, tras enterarse del tema por el periódico local DIRECCION013, donó 6.000 euros (folio 1802) que entregó en metálico a los acusados en la tienda de vinos que tenían abierta, en presencia incluso de la menor, manifestando que el acusado le comentó su enfermedad de cáncer; o Vicente, quien declaró que había hecho entrega al acusado de 1200 euros en efectivo; o Tamara, en representación de "Omnium Cultural DIRECCION004", asociación que donó 300 euros (folios 1192 y 1193), la cual explicó en el plenario que reclamó un certificado y que en el momento de hacerle entrega del mismo estaban los acusados y la menor, añadiendo que el acusado le explicó entonces que tenía cáncer y acabó llorando; o Bibiana, vicepresidenta del AMPA del colegio DIRECCION011 de DIRECCION000, en la que se donaron 1.134,20 euros recaudados en una merienda solidaria (folio 545 de la pieza de responsabilidad civil); o Marina, del equipo de dirección del instituto DIRECCION014, en el que se donaron 420,50 euros (folio 1177); o Josefa, que hizo aportación de 1.900 euros (folios 357 y ss pieza responsabilidad civil), las cuales provenían de la participación de vecinos de la localidad de DIRECCION006 en actividades de venta de pasteles, loterías y tómbolas, a los que ella había expuesto el caso de Blanca, la cual iba a la misma clase de su hija, estando especialmente sensibilizada también con la familia por el cáncer que decían que tenía el padre - el cual se rapó-, al haber padecido ella la misma enfermedad; o Estrella, quien realizó una donación de 6000 euros tras haber leído en el diario "El Mundo" la historia de un desenlace inminente de la menor si no la operaban en EEUU (folio 937).

Con la misma finalidad de sufragar tratamientos de Blanca, a finales del año 2015 se vendió lotería con recargo a través de la administración de loterías regentada por Jorge en la localidad de DIRECCION009, explicándolo así el Sr. Jorge en el plenario, tal y como había hecho ante la policía, declarando que previamente se reunió con el acusado, quien le explicó el caso de su hija.

También testificaron las psicopedagogas del gabinete " DIRECCION015" de DIRECCION000, Tomasa y Vanesa, encargadas de dispensar tratamiento cognitivo-conductual a la menor ante las alteraciones de aprendizaje que la misma presentaba. El tratamiento se inició en enero de 2014 y acabó a finales de 2016, coincidiendo ambas en que normalmente era el acusado quien les comentaba que su niña necesitaba una

operación y se moría, que tenía los meses contados. Sensibilizadas y movidas por el ánimo de ayudar a la familia, iniciaron la campaña "un euro per la Blanca" por las fechas de Navidad 2015-2016, procediendo a la compra de huchas que repartieron por varios establecimientos y centros educativos del territorio, remitiendo a todos ellos una carta informativa de la vida y necesidades de Blanca (folio 2073), explicando la Sra. Vanesa que incluso hubo niños que llegaron a donar ahorros de su comunión.

A través de este resultado probatorio se hace evidente que los acusados obtuvieron un número importante de donativos, no habiendo quedado acreditado de ninguna manera, tal y como ya se ha señalado al principio, ni la realidad de las operaciones y tratamientos en el extranjero de la menor, ni que la misma se hallara en riesgo inminente de fallecer como consecuencia de la enfermedad que padece.

Siendo ello así, es incuestionable para la Sala que el desplazamiento patrimonial realizado por los donantes fue consecuencia del error sufrido a causa del engaño utilizado por los acusados, siendo igual de evidente que a estos últimos les movió un ilícito ánimo de lucro, obteniendo un enriquecimiento personal a través de tales donativos.

E.-Así se viene a desprender del informe patrimonial aportado a las actuaciones (folios 2157 y ss), el cual fue elaborado por el sargento NUM009 -instructor de las diligencias- y la caporal NUM010, siendo debidamente ratificado por ambos en el acto del plenario.

Las defensas cuestionaron las conclusiones de dicho informe, considerando que su elaboración requería conocimientos contables específicos no acreditados en este caso por los informantes. Aun siendo legítimo tal posicionamiento y destacable la minuciosidad con que la defensa del acusado pidió explicaciones y aclaraciones a los MMEE en el acto del plenario, el informe cuestionado no sólo es el único aportado a la causa, sino que, además, presenta un análisis minucioso y pormenorizado tanto en relación con la situación patrimonial de los acusados, como respecto de los movimientos de las cuentas bancarias gestionadas por los mismos durante las anualidades 2014, 2015 y 2016, considerándolo por ello la Sala suficientemente ilustrativo a los efectos que interesan a este procedimiento, entendiendo que su elaboración no precisa especiales conocimientos contables, más allá de un laborioso análisis y catalogación de datos bancarios que de forma clara y minuciosa se ha llevado a cabo por los miembros del Cuerpo de Mossos d'Esquadra que lo han suscrito.

Sentado ello, concluye el informe, en relación con el acusado, que al mismo no le constaban percepciones de trabajo desde el año 2007 y que tampoco estaba dado de alta en el régimen de autónomos. En cuanto al negocio de venta de vinos, ni disponía de licencia de actividad ni generaba ingresos. Ciertamente resulta que al acto del juicio comparecieron algunas personas que manifestaron haber tenido algún trato relacionado con la venta de vinos con el acusado, como el Sr. Alfonso, propietario de una bodega con quien Luis Pablo contactó en una feria que se celebró en Lleida, o la Sra. Inmaculada, propietaria de un hotel-restaurante, quien manifestó que le encargó cuatro cajas de vino, pero no es menos cierto que el Sr. Alfonso también declaró que no había cobrado y la Sra. Inmaculada que, pese a los requerimientos que efectuó al acusado, el mismo no llegó a presentarle ni albarán ni factura por la venta. Es evidente que el resultado de tales testificales no sirve para contradecir la conclusión del informe policial, pues no logra acreditar que la tienda de vinos fuera una efectiva, o al menos suficiente, fuente de ingresos para la familia, lo cual vino a resultar de alguna manera también corroborado a través de las testificales de varios vecinos de la localidad, coincidiendo la mayoría de ellos en que en el establecimiento no se veía prácticamente actividad, o se veían pocos clientes, como especificó Elias, quien realizó un trabajo de carpintería para la tienda en el año 2015, que cargó a nombre de la Asociación, trabajo que tampoco cobró, manifestando el testigo que se sintió sensibilizado con el tema del cáncer de Luis Pablo y que incluso acudía en ocasiones a la tienda a darle apoyo moral.

Siguiendo con el informe patrimonial, también recoge el mismo que la familia tenía alquilada una vivienda en la localidad de DIRECCION003 por la que pagaban un alquiler mensual de 800 euros, del que llegaron a satisfacer

un total de 34.200 euros entre marzo de 2013 y diciembre de 2016 (así también lo declaró la propietaria del inmueble, Tatiana, quien añadió que finalmente le dejaron a deber parte del alquiler). El acusado tenía a su vez alquilados tres locales en la localidad de DIRECCION006 para el negocio de vinos, constando además como titular de dos vehículos y una moto de nulo valor dada su antigüedad. En cuanto a Tarsila, tampoco a ella le constaban percepciones de trabajo desde el año 2007 ni estaba dada de alta en el régimen de autónomos, percibiendo desde octubre de 2014 una prestación económica de la Consellería de Serveis Socials i Cooperació como cuidadora de Blanca con dedicación completa, por un importe de 387,64 euros mensuales. Constaba asimismo como cotitular de un inmueble en DIRECCION016 (Illes Balears) cuya participación fue valorada en unos 21.000 euros, y como propietaria de un vehículo valorado en 2.700 euros.

Por lo que se refiere al análisis de las cuentas bancarias gestionadas por los acusados, el mismo se centró en las siguientes: A.- Cuenta abierta a nombre de Blanca en la Banca March con el nº NUM005, B.- Cuenta a nombre de la menor y su madre, con una participación del 50% cada una, abierta en la Banca March con el número NUM006 y C.- Cuenta a nombre de la "Asociación DIRECCION001" abierta en el Banco de Sabadell con el nº NUM007, en la que aparecen autorizados ambos acusados.

Tras una minuciosa descripción y estudio de los ingresos y gastos de dichas cuentas, se concluye que entre 2014 y 2016, del total de ingresos percibidos, 412.950, 28 euros lo fueron en concepto de donaciones. De tal suma debe sin embargo descontarse la cantidad de 500 euros ingresada el 14 de octubre de 2016 que consta reseñada al folio 3196 bajo el concepto "Ingr, efectivo Fernando Feria Vinos", no pudiendo descartarse que la misma pudiera provenir de los eventuales y escasos ingresos procedentes de la actividad comercial del acusado. Ello arroja un resultado de 412.450,44 euros de donaciones ilícitas, a las que habrán de sumarse los 10.000 euros que la acusación particular había previamente ingresado el 17.12.2012 (folios 928 y 929), lo que hace un total de 422.450,44 euros.

De tal cantidad se destinaron 2.707 euros a gastos médicos de la menor pagados a la Clínica Universitaria de Navarra, 5.164,95 euros a gastos de educación de la misma, 1.945,84 euros a gastos de farmacia y 10.400 euros a donaciones a otras fundaciones, lo que arroja un resultado final de dinero ilícitamente obtenido para enriquecimiento personal de 402.232,65 euros, desprendiéndose claramente del informe como los acusados cargaron en la cuenta bancaria de la Asociación diversos gastos relacionados con el alquiler de vivienda y locales de los que han dispuesto a lo largo de los años, así como la compra de vehículos y la concertación de seguros de todo tipo, pagos de hoteles y compras y consumos diversos, realizando a su vez frecuentes e importantes reintegros de dicha cuenta.

A través de todo ello, no es necesario realizar esfuerzo alguno para concluir que los acusados lograron elevados ingresos a través del fraude, alcanzando una importante capacidad económica de la que carecían, viviendo a costa de mentir no sobre la realidad de la enfermedad de Blanca, sino sobre los tratamientos y consecuencias de la misma, siendo finalmente detenidos el 7 de diciembre de 2016 interviniéndoseles en su domicilio y dependencias un total de 2.180 euros en metálico, una colección de relojes con un valor aproximado de 60.000 euros y diversos teléfonos móviles, ordenadores y equipos informáticos, así como algunas cantidades de dinero que se encontraban incluso en unas huchas de las utilizadas en las recaudaciones, las cuales se hallaron medio tiradas en el garaje de la vivienda, lo que da una idea de la holgada cotidianeidad en la que vivían, viniendo todo ello a resultar corroborado a través de los agentes que intervinieron en los registros (con tips 19792, 19880, 20117).

Tal conducta protagonizada por los acusados es totalmente incardinable en el tipo penal de la estafa agravada del art. 250.1.5º del CP, sin que ello pueda resultar desvirtuado por la invocación que la defensa del acusado realizó en fase de informe en relación con una posible falta de "autoprotección" por parte de los perjudicados, al no haber investigado la realidad de cuanto les explicaban los acusados sobre la enfermedad y estado de su hija.

Tal postura no puede considerarse un comportamiento negligente de autotutela en un caso como éste, atendida la naturaleza del engaño - relacionado con un tema especialmente sensible, cual es la enfermedad y la esperanza de vida de una menor- y la puesta en escena del mismo, con utilización de los medios de comunicación, lo que sin duda ayudó a generar una mayor confianza, circunstancias que en su conjunto hacen verdaderamente difícil establecer la vencibilidad del engaño por parte de las víctimas.

No resulta sin embargo aplicable la agravación del art. 250.2 "in fine" -valor de la defraudación superior a los 250.000 euros- tal y como pretende la acusación pública, al no constar contemplada dicha agravación en la redacción del CP vigente con anterioridad a la reforma operada por LO 1/15, de 30 de marzo, el cual se aplica por resultar más favorable, tal y como se ha expuesto el principio.

En cuanto al grado de ejecución del delito, resulta del todo artificiosa y a todas luces improcedente la pretensión de la defensa del acusado de que se aplique la tentativa basándose en la existencia del bloqueo de las cuentas, no requiriendo una especial argumentación su desestimación cuando es claro y evidente que nos hallamos ante una estafa consumada, pues los acusados realizaron todos los actos objetivamente necesarios para producir el resultado que finalmente se produjo, cual fue la realización de donaciones por parte de terceros movidos por su engaño, obteniendo así un ilícito enriquecimiento.

Al delito de estafa referido le resulta aplicable la continuidad delictiva, conforme a lo previsto en el artículo 74 del Código Penal.

Como recuerda la STS 12 de julio de 2017 con cita de la STS 22 de diciembre de 2015, para apreciar la continuidad delictiva "será necesario: a/ pluralidad de hechos delictivos ontológicamente diferenciables; b/ identidad de sujeto activo; c/ elemento subjetivo de ejecución de un plan preconcebido con dolo conjunto y unitario, o de aprovechamiento de idénticas ocasiones en las que el dolo surge en cada situación concreta pero idéntica a las otras; 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/ elemento normativo de infracción de la misma o semejante norma penal; y f/ una cierta conexidad espacio temporal".

En estos casos, de lo que se trata es de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en la STS de 2036/2001, 6-11, que ha sido ratificada después en las SSTS 1236/2002, 27-6; 155/2003, 7-2; 1111/2003, 22-7; 605/2005, 11-5; 700/2006, 27-6; y 416/2007, 23-5, entre otras).

En este supuesto la defensa del acusado Luis Pablo pretende evitar la aplicación de la continuidad delictiva interesada por las acusaciones, viniendo a sostener que la conducta enjuiciada debería fragmentarse por campañas totalmente separadas: a) la primera entre septiembre y noviembre de 2010, en que a través de apariciones en un programa televisivo de Illes Balears se solicitaron 30.000 euros para llevar a cabo pruebas médicas de la menor - en cuyo caso el delito estaría prescrito- b) la segunda entre septiembre de 2012 y enero de 2013, en que a través de un programa de la televisión autonómica balear y también de Antena Tres se solicitaron 47.000 euros para destinarlos a pruebas médicas e intervenciones quirúrgicas - se trataría en este caso de un delito de estafa básico y no agravado, al no haberse podido concretar el importe defraudado más allá de los 12.000 euros que reclama la acusación particular- y c) la tercera de diciembre de 2015 a diciembre de 2016, en que se pretendía recaudar más de 100.000 euros para destinarlos a una intervención quirúrgica - delito que habría de entenderse cometido en grado de tentativa, por cuanto el acusado, más allá de iniciar la devolución de algunas aportaciones a los donantes, no llegó a disponer de los fondos económicos por el bloqueo judicial de las cuentas.

Tal postura, aún legítima desde una lógica defensiva, resulta totalmente artificiosa, entendiendo el Tribunal que nos encontramos ante un caso paradigmático de continuidad delictiva, concurriendo todos los elementos

contemplados en el art. 74 del CP, pues los acusados, tal y como ha quedado expuesto, durante el largo periodo temporal reflejado en el relato fáctico de la sentencia llevaron a cabo de manera reiterada una pluralidad de actos de naturaleza homogénea que respondían a un dolo unitario y una misma dinámica comisiva, los cuales no pueden ser considerados aislados unos de otros ni desconectados en el tiempo, siendo que todos ellos tendían a un único e idéntico fin, cual era la obtención fraudulenta de ingresos para su enriquecimiento personal, aprovechándose de la enfermedad de su hija y tras inducir a error a los donantes que de buena fe les hicieron entrega de distintas sumas de dinero en la creencia de que sus donativos irían destinados a sufragar los elevados costes de tratamientos e intervenciones quirúrgicas de la menor que nunca tuvieron lugar, pese a haberlo así afirmado los acusados.

Del anterior delito de estafa responden en concepto de autores tanto el acusado Luis Pablo como la acusada Tarsila por su participación voluntaria, material y directa en los hechos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28.1 del CP, no pudiendo acoger la Sala la petición subsidiaria de la defensa de la acusada de que le sea aplicada a la misma la figura de participación en el delito a título lucrativo, ni tampoco de la complicidad.

Procede en primer lugar descartar la participación de Tarsila en los efectos del delito a título meramente lucrativo prevista en el art. 122 del CP.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 532/00 de 30 de marzo, con cita de las sentencias de 21-1-93 y 15-12-95) declara que esta responsabilidad es la consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita. De ahí que para estos supuestos el partícipe quede obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

Ahora bien, tal figura de "receptor civil", como en ocasiones también se le ha denominado, no es compatible con ningún tipo de intervención en la comisión del hecho delictivo, como ha ocurrido en el presente supuesto, en que, como después de argumentaré, la acusada ha de ser considerada coautora del delito por su participación directa y voluntaria en el mismo.

Al hilo de ello, tampoco puede ser aplicada la figura de la complicidad. Como señala la sentencia del T.S. de 27-06-03 "... se consideran cómplices a los que, sin alcanzar la consideración de cooperadores necesarios, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos". Así, la complicidad delictiva es apreciable respecto a aquellos que no formando parte del plan del autor, o acuerdo previo, y por tanto careciendo de la condición de socio, participan en el hecho del otro tangencialmente, o periféricamente, mediante actos no esenciales, sino meramente accidentales, puntuales o si se prefiere desprovistos de una especial eficacia, a tenor de las circunstancias personales del sujeto".

La complicidad significa así la efectiva y eficaz colaboración en el delito cometido por otro. Supone una ayuda útil y operante, aunque subordinada y periférica, pero en todo caso relevante. Y, además, dicha colaboración ha de obedecer a un concierto previo o sobrevenido que vincula al autor y al cómplice en su común intención última, aunque con papeles de diferente relevancia.

A diferencia de ello, en la coautoría señala el auto del TS de 24.5.18 que se exige " una decisión conjunta de los autores que permita engarzar las respectivas actuaciones desde una división de funciones acordadas. De este modo, cada coautor debe ser moralmente solidario con un plan de actuación que ejecute materialmente todos los elementos del tipo penal y al que haya contribuido con acciones concretas inmediatamente lesivas para los bienes jurídicos concernidos que, al mismo tiempo, concurren con las demás acciones previstas a hacer posible el resultado final contemplado y buscado. Conforme a ello, la coautoría exige de un doble dolo o conocimiento, uno -de particular interés en este caso- referido a la representación de todos y cada uno de los elementos objetivos del hecho constitutivo del delito que se va a cometer o se encuentra cometiendo y, el otro, configurado por el conocimiento de que con su acción auxilia, favorece o posibilita la perpetración del delito".

Pues bien, en este caso a la vista del resultado probatorio no puede negarse la importancia de la participación de la acusada en el proceso de recaudación fraudulenta descrito, aportando con su acción una colaboración útil, relevante y operativa.

La postura defensiva mantenida por la acusada se intentó reforzar a través de la testifical de su hermano, el Sr. Doroteo, quien incidió en que era el padre de Blanca quien siempre se encargó de la gestión de la enfermedad y tratamientos de la menor, considerando que su hermana era incapaz de engañar a nadie y que la misma confiaba plenamente en el acusado. Más allá de tales genéricas manifestaciones, enmarcables en el lógico y explicable interés del testigo en no actuar en contra de la acusada, dada la estrecha relación familiar existente entre ambos, el Tribunal no percibió alguna aportación especialmente relevante en aras a arrojar luz sobre los hechos, evidenciándose a través de la prueba practicada y de la mecánica comisiva que Tarsila actuaba de común acuerdo con su esposo, conociendo la ilicitud de la actividad que estaban llevando a cabo y participando voluntariamente en la misma.

La acusada no sólo consta como tesorera de la Asociación DIRECCION001, sino que, además, consta autorizada junto a su esposo en la cuenta abierta a nombre de la Asociación en el Banco de Sabadell y comparte una cuenta corriente con la menor en la Banca March, habiéndose constatado el uso de las mismas para un enriquecimiento que va más allá de las necesidades de la menor. Pero es que, además, Tarsila ha estado presente junto a su esposo en la mayoría de ocasiones en que el mismo, bien a través de programas televisivos, bien directamente, ha explicado la enfermedad de Blanca, el riesgo de fallecimiento prematuro de la misma y ha solicitado dinero para tratamientos y operaciones en el extranjero, resultando especialmente ilustrador el contenido de los vídeos reproducidos en el acto del plenario, como el del programa televisivo de Illes Balears de 30 de septiembre de 2010 (video nº 9) en que la acusada, después de que su esposo solicite 30.000 euros para "quitar el peligro de muerte " de Blanca, participa diciendo que tienen la esperanza de conseguirlo, o el de 17 de abril de 2013 en los mismos medios (video nº 17), en que tras afirmar el padre que la niña ha sido operada en Houston, la acusada manifiesta que han conseguido cinco años más de vida para su hija y solicita dinero en la campaña " un globo por un euro", o el del programa "Espejo Público" de Antena Tres de fecha 20 de diciembre de 2012, en el que se solicita dinero para una operación en EEUU, manifestando la acusada que la menor le deberá la vida a la gente que la ha ayudado. A ello se une el resultado de las testificales como la de Sabina, quien afirmó que en la segunda reunión que tuvieron con los acusados también estaba Tarsila explicando la enfermedad de la niña y solicitando dinero y que después ambos les dijeron que el padre tenía cáncer de páncreas, afirmando finalmente que el número de cuenta para los ingresos se lo facilitaron ambos y que veían más a ella que a él. O la testigo María Inés, quien afirmó que, aunque la voz cantante la llevara el acusado, las explicaciones sobre la enfermedad de la menor se las daban indistintamente uno y otro. En sentido parecido, la tutora de la menor, la testigo Mónica, declaró que en el curso 2015-2016 el acusado les había alertado de un posible fallecimiento inmediato de la menor , añadiendo que la información de la situación médica de Blanca la realizaba el acusado en las reuniones del colegio, pero que la madre también estaba presente en las mismas. Finalmente, especialmente revelador resulta el testimonio de Teodosio, que trabajaba en el DIRECCION010 de DIRECCION000, quien pocos días antes de la detención de los acusados, concretamente el 3 de diciembre, escuchó parte de una conversación telefónica en que la acusada - que estaba en el hospital con la menor- no parecía mantenerse al margen de la situación, sino todo lo contrario , pues decía literalmente "No hables más con el diario El País, no cojas una llamada en la que aparezca un número largo y avisa.... A quien crees más? Al periódico o a tu hermana?. Vale que nos pillaron por lo de París, Houston...."

A la vista de tal conjunto circunstancial, aun cuando se haya evidenciado un papel preponderante del acusado en la iniciativa, desarrollo y escenificación de la práctica delictiva enjuiciada, la actuación de la acusada no puede quedar postergada a la mera colaboración periférica o tangencial de la complicidad, pues su conducta, aun siendo de una menor intensidad, resultó totalmente asociada y coordinada con la de su esposo, favoreciendo y

posibilitando el fraude, lo que la sitúa en el plano de la coautoría, sin perjuicio de las matizaciones que corresponderá hacer en la imposición penológica en aras a obtener la necesaria proporcionalidad atendido el papel de cada uno de los acusados.

No concurren en ninguno de los acusados circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Comenzando por las circunstancias interesadas por la defensa de Luis Pablo con carácter subsidiario:

A.-Por lo que se refiere a la eximente de ESTADO DE NECESIDAD, la STS de 18 de mayo de 2017, recordando las sentencias 1221/2011, de 15 de noviembre; 924/2003, 23 de junio; 359/2008, de 19 de junio; 468/2009, 30 de abril, y 853/2010, de 15 de octubre, las cuales han estudiado el estado de necesidad como eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, señala que "se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido, De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar expansivamente impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito

En dicha línea, la STS de 10 de febrero de 2005 declara que la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual, mereciendo destacarse dos conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia: la proporcionalidad y la necesidad. Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido (STS de 8 de octubre de 1996) que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades.

Por lo que al elemento de la necesidad se refiere, la apreciación de esta circunstancia exige que el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito.

Pues bien, la concurrencia en este caso del estado de necesidad en la conducta de los acusados se encuentra totalmente huérfana de justificación, cuando es evidente que no existía esa balanza comparativa entre el mal causado y el que se pretendía evitar, no habiendo resultado acreditada la necesidad imperiosa de obtener dinero para tratamientos y operaciones de la menor que no se han justificado ni para evitar un riesgo eminente de fallecimiento de la misma, que tampoco existía.

B.-En cuanto a la atenuante de DILACIONES INDEBIDAS, como ya señalaban las SSTS de 20 de mayo de 2005 y de 19 de julio de 2005, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos procesales, pero impone a los órganos judiciales el deber de resolver en un tiempo razonable. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 de la CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza. Constituye jurisprudencia reiterada y pacífica del Tribunal Supremo que cuando en el proceso se haya vulnerado el derecho del justiciable a ser juzgado en un plazo razonable, por haberse producido dilaciones indebidas en su tramitación, tal

circunstancia debe ser valorada como una atenuante.

En el ATS de 21.12.17 se viene expresamente a establecer que "para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas, introducida como atenuante específica en el artículo 21.6ª del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, "se exige que se trate de una dilación extraordinaria, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. En la jurisprudencia se ha resaltado la necesidad de examinar el caso concreto, y se ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten. (En este sentido la SSTS de 28 de octubre de 2002; de 10 de junio de 2003 y de 5 de julio de 2004). Asimismo, la jurisprudencia la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (SSTS de 20 de diciembre de 2005; de 8 de marzo de 2006; de 16 de octubre de 2007; de 7 de noviembre de 2007 y de 14 de noviembre de 2007, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado" (STS 175/2011, de 17 de marzo)".

Partiendo de todo ello y aplicándolo a este caso, se comprueba que tampoco existe base fáctica alguna en que basar la aplicación de esta atenuante, pues no nos hallamos ante una dilación indebida y extraordinaria, tal y como requiere el art. 21.6 del CP.

El presente procedimiento se incoó el 5 de diciembre de 2016. Tras la práctica de un número importante de diligencias de investigación, se dictó auto de acomodación de la causa a los trámites del procedimiento abreviado en fecha 13 de noviembre de 2017, presentándose los escritos de acusación y dictándose a continuación auto de apertura de juicio oral el 1 de diciembre de 2017, remitiéndose la causa a este tribunal en fecha 5 de marzo de 2018, existiendo un primer señalamiento de juicio para el 7 de junio de 2018, el cual hubo de ser suspendido a solicitud de la representación procesal del acusado Luis Pablo, en aras a salvaguardar su derecho de defensa por un cambio de letrado, volviéndose a señalar de nuevo para los días 2 y siguientes de octubre de 2018 en que finalmente ha tenido lugar la celebración del juicio, cuando aún no han transcurrido dos años desde la fecha de inicio del procedimiento.

A la vista de tal "iter secuencial", no se constata la existencia de paralizaciones ni dilaciones extraordinarias en la tramitación de la presente causa, no entendiéndose excesivo el tiempo transcurrido desde su incoación, manteniéndose dentro de unos parámetros de razonabilidad en atención a la naturaleza y complejidad del procedimiento, no pudiéndose amparar la aplicación de la atenuante interesada tampoco en el tiempo transcurrido desde que fuera acordada la prisión provisional del acusado, como pretenden las defensas, sin perjuicio de que en su mantenimiento se respeten los presupuestos y los márgenes temporales previstos legalmente, los cuales no se han sobrepasado.

C.-En relación con la atenuante de REPARACIÓN del daño causado, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2018 (ROJ: STS 2379/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2379), en relación a la interpretación jurisprudencial de tal atenuante establece que se "ha asociado su fundamento material a la existencia de un *actus contrarius* mediante el cual el acusado reconoce la infracción de la norma cometida, con la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor (cfr. SSTS 319/2009, 23 de marzo , 542/2005, 29 de abril). Su razón de ser, pues, está íntimamente ligada a la existencia de un acto reparador que, en buena medida, compense el desvalor de la conducta infractora. Y ese fundamento no es ajeno a la preocupación legislativa, convertida en pauta de política criminal, por facilitar la protección de la víctima, logrando así, con el resarcimiento del daño causado, la consecución de uno de los fines del proceso. Por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito (SSTS

2068/2001, 7 de diciembre ; 2/2007, 16 de enero ; 1171/2005, 17 de octubre). Y hemos acogido un sentido amplio de la reparación , que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 del CP, pues dicho art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal, a la que afecta la atenuante . Cualquier forma de reparación del delito o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de los perjuicios, o de la reparación moral, puede integrar las previsiones de la atenuante (SSTS 545/2012, 22 de junio ; 2/2007, 16 de enero ; 1346/2009, 29 de diciembre y 50/2008, 29 de enero, entre otras). Ahora bien, esta misma sentencia precisa que la reparación " debe ser suficientemente significativa y relevante, pues no procede conceder efecto atenuatorio a acciones ficticias, que únicamente pretenden buscar la aminoración de la respuesta punitiva sin contribuir de modo eficiente y significativo a la efectiva reparación del daño ocasionado (Sentencias núm. 1990/2001, de 24 octubre , 1474/1999 de 18 de octubre , 100/2000 de 4 de febrero y 1311/2000 de 21 de julio). De forma muy restrictiva y esporádica se ha admitido por esta Sala el efecto atenuatorio de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero y núm. 794/2002, de 30 de abril)".

En este caso, según el informe elaborado por el cuerpo de Mossos d'Esquadra, resulta que en fecha 5 de diciembre de 2016 por orden de los acusados, a través de la cuenta de la Asociación abierta en el Banco de Sabadell se realizó la devolución de 25 donaciones recibidas por un importe total de 1.485 euros, si atendemos a la suma de las distintas transferencias detalladas a los folios 3313 y 3314 de la causa - constando probablemente por error aritmético la suma de 1.685 euros en las conclusiones del informe obrantes al folio 2205-.

Ese mismo día se acordó el bloqueo judicial de los distintos saldos existentes en la cuenta de la Banca March titularidad de la menor, NUM008 y en la cuenta del Banco de Sabadell titularidad de la Asociación, NUM007.

Se alega por la defensa que la intención de los acusados era la de seguir con las devoluciones, lo cual resultó frustrado tras el bloqueo judicial de las cuentas. Desconoce el Tribunal cuales fueron las concretas órdenes dadas al banco por parte de los acusados -no habiéndose aportado prueba al respecto- y si efectivamente su intención abarcaba la realización de un mayor número de devoluciones o su planteamiento fue puramente puntual o simbólico, pero lo cierto es que durante un dilatado periodo temporal en que pudieron realizarlas no lo hicieron, resultando absolutamente insignificante la suma transferida por importe de 1.485 euros en atención al global defraudado. Ese es precisamente el contexto objetivo del que podemos partir y no otro, habiéndose acreditado únicamente la devolución de una mínima cantidad, de manera que cualquier otra interpretación por encima de dicho importe debería sostenerse sobre hipótesis y no sobre pruebas, por lo que la Sala considera que no ha resultado debidamente acreditada la contribución de modo eficiente a la efectiva reparación del daño que pudiera justificar la atenuación penológica que se pretende, siendo sabido que la carga de la prueba de la circunstancia de reparación, como la de cualquier otra, pesa sobre la parte que la alega.

D.-Finalmente, tan sólo hacer una mención a que por parte de la defensa de la acusada en fase de conclusiones se elevaron a definitivas las que había formulado con carácter provisional, sin proponer formalmente la aplicación de la circunstancia eximente por anomalía o alteración psíquica del art. 20.1 del CP (la cual se había anunciado únicamente como posible y eventual en el escrito de defensa). Siendo ello así, no sería necesario entrar a conocer sobre la aplicación de tal circunstancia, pero en aras a ofrecer a la parte una completa argumentación libre de cualquier fisura, baste con señalar que no existe ni la más mínima evidencia de que la acusada venga afectada, ni ahora ni cuando ocurrieron los hechos, de cualquier tipo de alteración psíquica que afecte a sus capacidades volitivas e intelectivas, siendo ello así afirmado en el informe emitido por la médico-forense Dra. Lourdes (folios 360 y 361 del Rollo) , el cual fue ratificado en el acto del plenario, en el que también se especifica que Tarsila no presenta alteración de las bases psicobiológicas de la imputabilidad.

En cuanto a la individualización de la pena, partiendo del marco punitivo previsto en la ley para el ilícito enjuiciado y de la continuidad delictiva, así como de la naturaleza de los hechos y circunstancias en que se

produjeron los mismos y de la gravedad y reprochabilidad de la conducta observada en cada uno de los acusados (siendo evidente la mayor relevancia e importancia en el papel desempeñado por Luis Pablo), así como del importe y valor de lo defraudado, la Sala considera adecuado y proporcionado imponerles las siguientes penas:

Al acusado Luis Pablo, la pena de cinco años de prisión y multa de 10 meses, a razón de 10 euros diarios, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme a lo dispuesto en el art. 56 del CP.

A la acusada Tarsila, la pena de tres años y medio de prisión y multa de 8 meses, a razón de 10 euros diarios, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme a lo dispuesto en el art. 56 del CP.

Como consecuencia accesoria del delito, el Ministerio Fiscal solicita que se acuerde la disolución de la "Asociación DIRECCION001", al haber sido creada la misma como instrumento para sus fines ilícitos, ello de conformidad con lo establecido en los artículos 127.1, 129 y 33.7.b del CP.

Tal y como señala el art. 129.1 del CP aplicable "En el caso de delitos -o faltas- cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita".

De la dicción literal de tal precepto se desprende claramente que este tipo de medidas accesorias únicamente se aplicarán a empresas, entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica, quedando limitadas tales medidas a las concretamente establecidas en las letras c) a g) del art. 33.7 del CP.

Para las personas jurídicas la ley prevé algo diferente a través del contenido del art. 31 bis del CP, cual es la posibilidad de establecer la responsabilidad penal de las mismas, en cuyo caso, en lugar de medidas accesorias, se les podrá imponer una pena, ello después de haber participado en el procedimiento en calidad de responsable penal y tras haberse formulado la correspondiente acusación contra las mismas.

Partiendo de ello, la pretensión de la Acusación Pública no puede ser acogida, pues nos encontramos ante una Asociación con personalidad jurídica constituida estatutariamente e inscrita en el "Registre d' Associacions de les Illes Balears" (folios 323 y siguientes), la cual ni ha intervenido en la causa en calidad de responsable penal ni ha sido formalmente acusada. Pero es que, a mayor abundamiento, en ningún caso podría ser impuesta la medida accesoria interesada por la vía del art. 129 del CP, por cuanto la disolución se encuentra prevista en la letra b) del art. 33.7 del CP, cuando únicamente resultarían aplicables las contenidas en las letras c) a g) de dicho precepto.

Procede aplicar el dinero intervenido a cubrir la totalidad de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, decretándose el comiso del importe restante una vez satisfechas las mismas, así como el comiso de los efectos intervenidos, habiendo resultado acreditado el origen ilícito de los mismos por cuanto se ha expuesto, ello de conformidad con lo establecido en el art. 127 del CP.

En materia de responsabilidad civil, dispone el art. 116 del CP que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.

Partiendo de ello, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a:

Grupo Inversor Para el Desarrollo SL en la suma de 13.000 euros(acreditado su ingreso a los folios 928 y 929 de la causa).

Estrella en la suma de 6.000 euros (acreditado su ingreso al folio 937 de la causa), y

Isidro en la suma de 6.000 euros (acreditado su ingreso al folio 463 de la pieza separada de responsabilidad civil).

También al resto de los perjudicados que obran relacionados en la pieza de responsabilidad civil en los importes que constan allí acreditados.

Las indemnizaciones devengarán el interés legal incrementado en dos puntos del art. 576 de la LECivil.

Para el caso de insolvencia de los acusados, la "Asociación DIRECCION001" deberá responder con carácter de responsable civil subsidiario, de conformidad con lo establecido en el art. 120.4 del CP, al hallarnos ante un delito cometido por sus representantes, habiéndolo así reconocido la jurisprudencia en numerosas sentencias como la STS 76/2017, de 9 de febrero, STS 31/2017, de 26 de enero y STS 348/2014, de uno de abril, precisando esta última que "el principal ha de responder si el conjunto de funciones encomendadas al autor del delito le confieren una apariencia externa de legitimidad en su relación con los terceros, en el sentido de permitirles confiar en que el autor del delito está actuando en su condición de empleado o dependiente del principal", circunstancias que concurren en el presente caso, sin perjuicio del derecho de repetición.

Se condena a los acusados al pago de las costas del procedimiento por mitad, incluidas las de la acusación particular, en aplicación de lo establecido en el art. 123 del CP.

En atención a lo argumentado,

FALLO

CONDENAMOS a Luis Pablo y Tarsila como autores criminalmente responsables del delito continuado de estafa agravada anteriormente definido, imponiendo al acusado Luis Pablo la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y MULTA DE DIEZ MESES con una cuota diaria de 10 euros, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la acusada Tarsila la pena de TRES AÑOS Y MEDIO de prisión y MULTA DE OCHO MESES con una cuota diaria de 10 euros, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; condenándoles asimismo al pago de las costas del procedimiento por mitad, incluidas las de la acusación particular.

Por vía de responsabilidad civil, los acusados deberán indemnizar conjunta y solidariamente a:

Grupo Inversor Para el Desarrollo SL en la suma de 13.000 euros.

Estrella en la suma de 6.000 euros.

Isidro en la suma de 6.000 euros .

Al resto de los perjudicados que obran relacionados en la pieza de responsabilidad civil en los importes que constan allí acreditados.

Las indemnizaciones devengarán el interés legal incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia.

En el caso de insolvencia de los acusados, la "Asociación DIRECCION001" deberá responder con carácter de responsable civil subsidiario.

El dinero intervenido se aplicará a cubrir la totalidad de las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presente causa, decretándose el comiso del importe restante una vez satisfechas las mismas, así como el comiso de los efectos intervenidos.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que no es firme, al haber contra la misma recurso de apelación, a interponer en el plazo de los 10 días siguientes a su notificación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Así por ésta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo correspondiente, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- El/la Magistado/a Ponente del presente Rollo ha leído y publicado la resolución anterior en audiencia pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.

La Letrada de la Adm. de Justicia