



Sección Segunda de la Audiencia
Provincial

Avda. Tres de Mayo nº3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 20 86 50 - 57 - 922 20 89 37

Fax.: 922 20 86 49

Rollo: Procedimiento abreviado

Nº Rollo: 0000100/2014

NIG: 3802641220130000775

Resolución: Sentencia 000116/2015

Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc. origen: 0000519/2013-00

Jdo. origen: Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1 de La Orotava

Intervención:

Denunciante

Denunciante

Condenado

Interviniente:

Felipe Hernandez Garcia

Dominga Hernandez Garcia

Victor Manuel Valdivieso
Hernández

Abogado:

Carlos Alvarez Diaz

Carlos Alvarez Diaz

Wilfredo Tanausu Elvira
Cabrera

Procurador:

Guillermina De La Hoz
Hernandez

Guillermina De La Hoz
Hernandez

Maria Yurena Sicilia Socas

SENTENCIA

Presidente

D./D^a. JOAQUÍN LUIS ASTOR LANDETE

Magistrados

D./D^a. ÁNGEL LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA

D./D^a. JAIME REQUENA JULIANI (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife, a 12 de marzo de 2015.

Visto ante esta Audiencia Provincial correspondiente al rollo 100/2014 procedente del Juzgado de Instrucción nº 1 de La Orotava, procedimiento abreviado número 519/13, seguido por delito de Estafa contra Víctor Manuel Valdivieso Hernández, representado por la Procuradora Sra. María Yurena Sicilia Socas, defendido por el Letrado Sr. Wilfredo Tanausu Elvira Cabrera. Ejercen la acusación particular Felipe y Dominga Hernández García, representados por el Procurador Sra Guillermina de la Hoz Hernández y dirigidos por el Letrado Sr. Carlos Álvarez Díaz. Ejerce la acusación pública el Ministerio Fiscal. Es ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Jaime Requena Juliani.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Incoadas las correspondientes diligencias previas por el Juzgado de Instrucción número uno de La Orotava para la investigación de un delito de estafa fueron practicadas todas aquéllas que se estimaron necesarias para la comprobación y esclarecimiento de los hechos. Concluida la instrucción del procedimiento, se interesó por el Ministerio Fiscal, mediante la presentación de escrito de acusación, la apertura de juicio oral, que se celebró con asistencia de todas las partes el día 3 de marzo. En el mismo fueron practicadas las pruebas





propuestas que habían sido declaradas pertinentes del modo que consta en el acta levantada por el Sr. Secretario.

Segundo.- El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito continuado de estafa de los arts. 248, 250.1.4º y 5º y 74.2 CP, estimó autor del mismo al acusado, y solicitó que se le impusiera la pena de cuatro años y seis meses de prisión y multa de 3.000 €, el pago de las costas procesales, así como de la cantidad de 79.600 € en concepto de responsabilidad civil, 42.500 € a Dominga Hernández García y 37.100 a Felipe Hernández García.

Tercero.- La acusación particular se adhirió a la petición del Ministerio Fiscal.

Cuarto.- La parte acusada negó los hechos imputados y pidió que se dictara sentencia absolutoria.

HECHOS PROBADOS.

Unico.- El acusado Víctor Manuel Valdivieso Hernández, mayor de edad, con DNI número 78557421 y sin antecedentes penales, viene ofreciendo servicios de “ocultismo”, “esoterismo” y “misticismo” en su consulta sita en c/ Saltona número 6 de Santa Úrsula, con el nombre comercial “Yara Magia Azul”, y publicita sus servicios en la cadena de televisión “El Dia TV”.

Felipe Hernández García y su hermana Dominga, ante la aparición en su propiedad de un animal muerto y de otros objetos que relacionaron con prácticas de brujería, tras haber visto en televisión al mencionado Víctor Manuel Valdivieso Hernández, decidieron contratar sus servicios a principios del mes de diciembre. Durante las entrevistas con los hermanos Hernández García, a los que hacía entrar separadamente en la consulta con la prohibición de que revelaran al otro lo que con él conversaban, el acusado pudo constatar la ignorancia y vulnerabilidad de ambos; su grave preocupación por la posible pérdida de la finca denominada “Monte Frío”, sita en La Guancha, que su familia había venido explotando durante generaciones, de la que se seguía ocupando Felipe, y que estaba siendo objeto de una reclamación judicial; que ambos cuidaban de otra hermana discapacitada enferma de epilepsia; y que ninguno de ellos estaba casado y vivían solos en el campo.

Durante las primeras consultas, y a cambio de sus servicios, Dominga y Felipe pagaron sucesivamente al acusado, entre los días 12 y 13 de diciembre de 2012, cantidades de 600 , 1.500 y 4000 €.





Víctor Manuel Valdivieso Hernández, tras tomar conciencia de la facilidad con que podía aprovecharse de la credulidad e ignorancia de los hermanos Hernández García, convenció a Dominga de que su vida estaba en peligro, posteriormente de que iba a sufrir un inminente accidente fatal, y de que la magia de que estaban siendo objeto podía afectar gravemente a la salud de su hermana, una mujer discapacitada enferma de epilepsia, a la que podía sanar. De este modo, y haciéndoles creer que podría evitar tales desgracias y curar a su hermana, consiguió que le pagaran sucesivamente 3.500 € (el día 14 de diciembre), 8.000 € (el día 17 de diciembre), 8.000 € (el día 24 de diciembre) y 7.000 € (el día 16 de enero).

Por otra parte, y tras conocer que la existencia del procedimiento judicial al que se ha hecho mención, hizo creer a los hermanos que podía mediar en el mismo por medio de un supuesto familiar suyo juez en Las Palmas, y un conocido que era notario en Tacoronte para conseguirles una resolución favorable. Con esta confianza, los hermanos Hernández García le pagaron otros 19.990 € el día 13 de enero (10.000 € en metálico y 9.990 € mediante una transferencia bancaria); y el Sr. Valdivieso Hernández les entregó un documento firmado por él y confeccionado sobre papel timbrado y les hizo creer que se trataba de un documento que reflejaba la solución favorable de sus problemas legales.

En este mismo contexto, y aprovechándose de la confianza de Felipe Hernández García, sobre el que había desarrollado un ascendiente que le permitía manipular su voluntad, y convenciéndolo de la necesidad de continuar su actuación para evitarle desgracias, sanar a su hermana, y asegurar la conservación de la finca y su limpieza de brujería, consiguió que aquél le entregara, entre el 14 y el 16 de enero de 2013, otros 8.000 y 3.700 €.

Como consecuencia de todos estos pagos, Dominga Hernández García perdió la totalidad de sus ahorros personales, e incluso llegó a afrontar el último pago realizado al acusado sacando el dinero de la libreta de ahorros de su madre; igualmente, Felipe Hernández García, tras haber desembolsado una cantidad total superior a 30.000 €, perdió los ahorros que había acumulado durante su vida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Valoración de la prueba.

Primero.- Es un hecho no controvertido, y que a su vez quedó plenamente confirmado en el juicio oral, que los hermanos Felipe y Dominga Hernández García acudieron a la consulta de ocultismo y misticismo que regenta el acusado Víctor Valdivieso Hernández, para contratar sus servicios con el objeto de





neutralizar o dar respuesta a un supuesto conjuro o magia de que habrían sido objeto y de que estaban convencidos tras haber encontrado a la salida de su casa un animal muerto y otros elementos que identificaron con brujería. Los hermanos Hernández García habían visto una intervención del Sr. Valdivieso por televisión, y por ello decidieron contratar sus servicios.

A partir de aquí, el desarrollo de los hechos permite diferenciar varias partes que requieren de una valoración jurídica distinta.

1.- Tal y como se ha indicado, y como reconocen todas las partes, los hermanos Hernández García acudieron voluntariamente a la consulta del Sr. Valdivieso con el objeto de contratar sus servicios para que neutralizara el conjuro o magia de que se creían objeto. Cada uno de ellos fue recibido por separado (ésta fue una constante en todas las visitas) y el Sr. Valdivieso les indicó que era necesario, para el éxito de su actuación, que cada uno de ellos no comentara con el otro lo que hablaban con él.

En este contexto, y como remuneración de los servicios de “ocultismo” y “misticismo” Dominga pagó al Sr. Valdivieso la cantidad de 600 € por la consulta; y Felipe realizó entre el 12 y el 13 de diciembre dos pagos sucesivos de 1.500 y 4.000 €. A cambio de este dinero, los hermanos Hernández García contrataban al Sr. Valdivieso para que mediante “rezos” y otras intervenciones no aclaradas –pero en todo caso de carácter oculto y mágico- neutralizara la magia de sentido negativo de que se creían objeto.

2.- Durante estas entrevistas y las sucesivas que fueron teniendo lugar, el acusado tomó conciencia de la credulidad de los denunciante y de la facilidad con la que sus creencias podían ser manipuladas para hacerles creer que su mediación podía poner remedio a sus problemas y a otros que inventaba el acusado y de cuya certeza él convencía a Dominga y Felipe.

Así, en el caso de Dominga, le convenció de que iba a morir un accidente, y de que debía pagarle 3.500 € para que llevara a cabo las actuaciones necesarias para evitarlo; pocos días después, le hizo creer que su vida estaba nuevamente en peligro, y consiguió que en esta ocasión le pagara 8.000 € más; posteriormente, le convenció de que la magia de que había sido objeto había afectado muy negativamente a su hermana –una mujer deficiente que sufre epilepsia-, y consiguió que le pagara otros 8.000 € y, finalmente, 7.000 € más.

El Sr. Valdivieso negó la certeza de todos estos pagos, y utilizó para ello dos vías de defensa: de una parte, mantuvo que si se pagaron cantidades elevadas (como se verá, Felipe llegó a transferirle 9.990 € a su cuenta corriente, y le entregó en la misma fecha 10.000 € más en metálico; esta entrega está documentada bancariamente y con la firma de un recibo), fue porque Felipe y Dominga adquirirían elevadas cantidades de “material” en su consulta; y, de otra,





negó la autenticidad de los recibos aportados por los perjudicados y que documentan esos pagos.

La primera de las anteriores alegaciones es inveraz, y el Tribunal no le concede ninguna credibilidad: están documentados pagos por importe total de 60.690 € -aunque las cantidades totales pagadas fueron superiores-, que evidentemente no pueden corresponder a la compra de efectos. El acusado declaró en el acto del juicio que los efectos que vendía en su consulta tenían un valor de entre 0,50 y 200 €; la testigo Amparo Sánchez Ferrín (colega del acusado, y que también llegó a ofrecer sus servicios a los hermanos Hernández García) elevó el precio de los objetos más caros (las estatuas) a un precio de entre 500 y 1.000 €. Se trata, sin embargo, de alegaciones realizadas para confundir al Tribunal: los perjudicados negaron –de un modo que resultó creíble para el Tribunal- haber comprado ninguno de estos objetos, e incluso mostraron sorpresa cuando se les planteó tal posibilidad; no existen recibos de ventas de estatuas o similares; y la testigo Sra. Abreu Medina –que había trabajado en la consulta del acusado- explicó al Tribunal que el valor de los objetos en venta era de 1 a 30 €, si bien luego admitió que algunas figuras podían llegar a costar 300 €. Sin embargo, y pese a que su cometido era justamente el de encargarse del cobro de estas ventas, manifestó que los clientes, en general, no gastaban más de 10, 12 ó 15 €, y que el producto habitualmente vendido eran velas. Es cierto que esta testigo no trabajaba en la consulta en la época en la que acudieron a la misma los denunciantes, pero su testimonio confirma el convencimiento del Tribunal de que los pagos realizados por los perjudicados no eran por compras de materiales de ninguna clase.

La segunda alegación (negar haber recibido tales cantidades de dinero) ha resultado igualmente incierta. El acusado se vio forzado a admitir el pago de nada menos que 19.990 € de los que existe reflejo documental (un documento firmado por él y una transferencia bancaria) pero negó en el acto del juicio la autenticidad de los recibos aportados por la acusación. En este punto debe ponerse de manifiesto que Dominga y Felipe exigieron al acusado que les entregara recibo de las cantidades que iban pagando, si bien Dominga explicó que no lo consiguió en todos los casos, que habitualmente tenía que insistir con firmeza para que se lo entregara, y que lo normal era que tuviera que acudir algún día después a recoger el recibo.

Sin embargo, el Tribunal considera probada la autenticidad de los recibos aportados y que constan testimoniados notarialmente a los folios 30 y ss. de las actuaciones: en el acto del juicio el acusado examinó todos los recibos y negó su autenticidad en todos los casos, pero fue incapaz de ofrecer una explicación razonable al motivo por el que durante la instrucción judicial había reconocido la autenticidad del recibo al folio 14 A (cfr. declaración sumarial al folio 44), en





realidad el único recibo que parece haber recogido su firma personal. Este dato tiene una gran relevancia: el recibo al que se hace referencia contiene la firma del acusado, pero también un sello en el que se identifica su establecimiento (“Yara Magia Azul. Misticismo y Ocultismo”) y en el que constan su nombre y apellidos, número de DNI, dirección postal y número de teléfono; y ese mismo sello aparece en todos los demás recibos aportados por los perjudicados. El acusado declaró en el juicio oral que no tenía sello, pero su afirmación no merece crédito al Tribunal: si el sello hubiera sido realmente falso lo habría manifestado en la fase de instrucción, cuando se le exhibieron los recibos, y en ningún caso habría reconocido como auténtico (como hizo) un recibo en el que estaba impreso un sello que –según mantiene después- es falso. Debe añadirse que el sello contiene el número de DNI del acusado, que difícilmente podía ser conocido por los perjudicados.

Existe otra circunstancia que confirma tanto la autenticidad de los recibos, como la realidad de los pagos documentados: consta en las actuaciones copia testimoniada de las libretas de ahorros de Dominga y de su madre, Fidelina García Pérez (folios 34 y s. de las diligencias; y testimonio adjunto al acta del juicio oral) en las que aparecen reflejados sucesivos reintegros de 3.500, 8.000, 8.000 y 7.000 € que se corresponden respectivamente con el segundo recibo del folio 32, el primer recibo del 32 vuelto, el primer recibo del folio 32 y el segundo recibo del folio 32 vuelto). El primer recibo mencionado documenta un pago de solamente 500 €, pero la perjudicada declaró que el pago total había sido de 3.500 €, que el recibo se lo había entregado el acusado unos días después, y que le había insistido en reiteradas ocasiones en que debía corregirlo sin que llegara a hacerlo. El Tribunal concedió a esta declaración plena credibilidad: se trata de una aclaración ofrecida consistentemente por la testigo, cuyo relato, en lo que se refiere al resto de pagos, venía sistemáticamente corroborado por la documentación aportada (los recibos y los extractos bancarios).

Asimismo, el Tribunal considera igualmente probado que estos pagos de 3.500, 8.000, 8.000 y 7.000 € se producen tras ser Dominga convencida por el acusado de que iba a sufrir sucesivos accidentes y desgracias que él podía prever y que, a su vez, podía evitar mediante rezos o conjuros por los que debía pagar esas elevadísimas cantidades. Igualmente, le convenció de que su hermana (una mujer discapacitada que sufre epilepsia) se estaba viendo muy negativamente afectada por la magia de que estaban siendo objeto, y que estos elevados pagos eran también necesarios para que el acusado pudiera hacer los rezos y rituales necesarios para evitarlo y para que pudiera recobrar la salud. La propia Dominga explicó convincentemente al Tribunal que incluso insistió al Sr. Valdivieso en que le ofreciera detalles de la previsible recuperación y evolución





favorable de su hermana para podérselos trasladar al médico y que éste pudiera ajustar el tratamiento de la enfermedad.

En este último punto, el convencimiento del Tribunal no solamente deriva de la credibilidad del relato ofrecido por la Sra. Hernández García (credibilidad reforzada por los detalles que ofrecía con relación a las fechas –eran Navidades– y su preocupación por el accidente que podía llegar a sufrir y su propia muerte, anunciada por el Sr. Valdivieso); se trata además de que estos fabulosos pagos no tenían justificación alguna, resultaban absolutamente irracionales, carecían de cualquier proporción imaginable con lo que pueda llegar a ser el pago a un médium para que rece o invoque espíritus, y solamente encuentran explicación en el contexto de un sometimiento de la voluntad al que la víctima es inducida por quien, aprovechándose de sus vulnerabilidades e ignorancia, le lleva a creer hechos absurdos como su situación de grave peligro, su propia muerte, el empeoramiento de la salud de su hermana o la posibilidad de sanarla.

3.- Durante sus entrevistas con los hermanos Hernández García, el Sr. Valdivieso tomó conocimiento de la existencia de un proceso judicial en el que el propietario de los terrenos les reclamaba la posesión de los mismos. Según se puso de manifiesto en el acto del juicio, si bien no se aclararon plenamente los detalles, la familia de Felipe y Dominga ha vivido durante varias generaciones en esas tierras sin ser titulares de la propiedad de las mismas.

En este caso, al tratarse de una cuestión que se encontraba ya pendiente de un proceso judicial –y si bien los hermanos estaban convencidos de que la aparición del animal muerto y la brujería de que se creían objeto tenían que ver con el tema de las tierras, para lo que ya habían recabado los servicios de magia y rezos del acusado– el Sr. Valdivieso optó por poner en marcha un engaño diferente. En este caso, aprovechándose de la ascendencia sobre los hermanos que ya había cultivado y de su evidente credulidad e ignorancia, les hizo creer que tenía un pariente Juez en Las Palmas y que conocía a un notario de Tacoronte que podían mediar y hacer gestiones para que el pleito se resolviera de forma favorable para ellos. Por estos servicios, el Sr. Valdivieso reclamó (y obtuvo) el pago de otros 19.990 €.

En la medida en que ahora no se trataba de magia, sino de un trámite legal, y con la finalidad completar el engaño y dar lugar al pago de esa elevada cantidad de dinero, el acusado confeccionó sobre papel timbrado el documento firmado por él que consta al folio 16 de las actuaciones. El examen del documento en cuestión corrobora la declaración de los hermanos Hernández García en el acto del juicio: creyeron que el documento en cuestión se correspondía con una suerte de escritura o documento legal que ponía fin a sus problemas legales, y con el objeto de darle esta apariencia el acusado se sirvió para confeccionarlo de papel timbrado e hizo constar en el mismo menciones absurdas como





“artículo 29371612/35” y “Ref. 100/210”. Esta última aparece a bolígrafo, con la misma tinta con la que está luego plasmada la firma manuscrita que el acusado ha reconocido como suya.

La afirmación del Sr. Valdivieso de que el documento fue elaborado por Felipe carece de toda credibilidad: el Tribunal tuvo ocasión de escuchar a Felipe Hernández García y de confirmar el tipo de persona de que se trata, lo que excluye su habilidad para confeccionar un documento de esa naturaleza; el documento no es (ni puede ser entendido) como un recibo por servicios de magia y ocultismo, como pretende el acusado; y, por el contrario, aparece más bien como un documento que pretende crear la apariencia de un documento con efectos legales (el papel timbrado, la referencia al “artículo 29371612/35”, la inclusión de un número de referencia), y lo mismo debe decirse de la alusión en el mismo a Felipe Hernández García, pues si se hubiera tratado de un recibo lo lógico es que hubiera identificado a quien recibía el pago, el propio acusado que es quien lo firma. El documento está redactado con la malicia propia de quien sabe que lleva a cabo un engaño para defraudar a otro: incorpora elementos que, unidos a la ignorancia del perjudicado, eran idóneos para el engaño; pero omite cualquier referencia clara e inequívoca que pudiera luego confirmar la estafa a primera vista.

A la prueba anterior se añade la grabación de una conversación telefónica mantenida entre el acusado Víctor Valdivieso y los hermanos Hernández García y en la que se hace una referencia clara y explícita a la mediación ofrecida por aquél: la grabación fue escuchada durante la vista oral, y las voces se correspondían claramente con la de Dominga y la del acusado Víctor; se trata de una conversación corta que se desarrolla sin interrupciones y en la que Dominga le dice a Víctor que no desea contratar los “baños” que la testigo Amparo Sánchez Ferrín iba a practicar por unos honorarios de 4.000 € para completar los conjuros necesarios para solucionar los problemas de los hermanos; se alude expresamente a las dudas que le plantea a Dominga esa supuesta mediación del juez pariente del acusado, pues le indica que su abogado le ha dicho que un juez no puede actuar fuera de su demarcación; y el acusado, Víctor Valdivieso, se refiere expresamente a esa actuación mediadora respecto de unos servicios en realidad inexistentes mediante cuya oferta había obtenido el pago de casi 20.000 €.

Si bien la cuestión no fue planteada por la defensa, resulta oportuno incluir una mención a la validez de la grabación como medio de prueba, pues tal y como ha venido señalando la jurisprudencia, la grabación de conversaciones telefónicas llevada a cabo por uno de los interlocutores no quebranta el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 11/1984, de 24 de noviembre; STS 6-7-2000), ni conlleva vulneración del derecho a la intimidad cuando el recurrente ha





exteriorizado su pensamiento de forma libre (STS 6-7-2000) ni se trata de la obtención de una declaración forzada mediante engaño o ardid (STS 4-11-2009).

4.- Finalmente, debe aludirse al resto de pagos que realizó Felipe Hernández García: a los 4.500 € pagados inicialmente como remuneración por los rezos y ceremoniales realizados para neutralizar la magia de que se creía víctima (cantidad extraordinariamente elevada y dudosamente proporcionada al servicio prestado), y a los 19.990 € pagados para la falsa mediación en el proceso judicial (pagos, como se ha dicho, acreditados mediante el recibo y el extracto de la cuenta del Sr. Hernández García en el que tienen reflejo), se añaden otros dos pagos finales de 8.000 y 3.700 € de los que existen recibos entregados por el Sr. Valdivieso (cfr. recibo primero al folio 30 vuelto y recibo segundo al folio 30). Estos últimos pagos se producen después de haberle hecho creer el acusado que podía neutralizar la magia de que estaba siendo objeto y, al tiempo, curara a su hermana. Tal y como declaró el testigo, confiaba en el acusado por sus palabras y porque había visto sus intervenciones en un programa de televisión, confiaba en que podría arreglar también el problema de sus tierras, y solamente empezó a sospechar algo cuando vio que le pedía más y más dinero. El estado de sometimiento intelectual en que se encontraba, y que lo dejaba a merced de los embustes del acusado, queda reflejado en la expresión que utilizaba en el juicio para justificar las entregas de cantidades tan elevada de dinero, refiriéndose a que “lo tenía como hipnotizado”.

5.- Según resulta de lo anterior, los engaños y manipulaciones del acusado fueron determinantes de la entrega, por parte de Dominga, de una cantidad total de 26.500 € (constan probados pagos de 3.500, 8.000, 8.000 y 7.000 €); y de 31.690 € por parte de Felipe. El importe total de lo defraudado alcanza la cantidad de 58.190 €.

Las acusaciones sostienen que la estafa alcanzó a otros pagos: sin embargo, se encuentran aquí, por una parte, pagos que las acusaciones no han probado que respondieran a las manipulaciones y engaños del acusado, por lo que se parte en esta sentencia de que se trató del pago pactado por los servicios de rezos y conjuros que los perjudicados inicialmente contrataron, y a los que se refiere el punto 1 de este fundamento. Estos pagos fueron de 600 € por parte de Dominga (de esta primera entrega no existe recibo), y 5.500 € (4.000+1.500 €) por parte de Felipe.

Y, por otra, considera el Tribunal que algunos de los pagos a que se refieren las acusaciones se encuentran duplicados, consecuencia del hecho de que, como explicó Dominga, los recibos no siempre reflejaban la fecha cierta del pago: si cruzamos los recibos con los asientos en los extractos bancarios se alcanza la conclusión que aquí se declara probada, pues la cantidad de cada





recibo de los pagados por Dominga se corresponde con un asiento idéntico en la libreta de ahorro. Únicamente puede señalarse como excepción el pago de 3.500 € que se declara probado (aparece en la libreta de ahorro), pero que solamente tiene reflejo en un recibo de 500 €. Sin embargo, la Sra. Hernández García explicó convincentemente al Tribunal que había insistido al Sr. Valdivieso en que la cantidad del recibo no era correcta, pero que pese a su insistencia no había conseguido que rectificara el recibo.

Los pagos realizados por Felipe Hernández García tienen en todos los casos reflejo en los recibos aportados, a lo que se añade, en el caso del pago de los 19.990 € por el documento falso relativo a la finca, de los asientos de la extracción de efectivo y de la transferencia en la libreta de ahorro.

6.- Asimismo, de la declaración prestada en el juicio oral por los perjudicados y del examen de sus libretas de ahorro resulta que las cantidades defraudadas agotan la práctica totalidad de los ahorros de toda la vida de los mencionados Felipe y Dominga. En el caso de esta última, ni siquiera fue capaz de afrontar con su propio dinero el último pago de 7.000 € a que fue incitada por el acusado (carecía ya de recursos para ello), y tuvo que retirar el dinero de la cuenta de su madre (cfr. folio 34, testimonio del extracto de la libreta de Fidelina García Pérez, unido también al rollo de sala junto al acta del juicio oral).

Calificación jurídica de los hechos.

Segundo.- 1.- Los hechos que se declaran probados resultan constitutivos de un delito de estafa de los arts. 248 y 250.1.4º y 5º CP del que es autor el acusado, Víctor Manuel Valdivieso Hernández (art. 28 CP).

La jurisprudencia ha venido tradicionalmente considerando que existe estafa cuando el autor, mediante un riesgo no permitido, crea una situación de error en otro que le lleva a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o ajeno (STS 7-5-2009, 11-12-2007, 9-10-2006). Es decir, si bien una aproximación meramente naturalista al delito llevaba a derivar la relevancia del error de la mera existencia de una afirmación falsa (engaño) referida a un hecho presente que producía un error en el sujeto pasivo conectado causalmente con el engaño, en realidad la jurisprudencia no ha asumido nunca las consecuencias de este punto de vista y exige que la acción de engañó entrara un riesgo jurídicamente no permitido. Es decir, para determinar si existe o no estafa es necesario determinar si la conducta del autor es socialmente adecuada o entraña un riesgo jurídicamente desaprobado.

La calificación jurídica de los hechos que se han declarado probados requiere de consideraciones diferenciadas con relación al desarrollo de los mismos:

1.1.- En un primer momento fueron los hermanos Felipe y Dominga Hernández García quienes acudieron libremente a la consulta del acusado Sr.





Valdivieso Hernández solicitando sus servicios para neutralizar unos conjuros mágicos de los que se creían objeto tras haber descubierto fuera de su casa un animal muerto, una cruz, un coco y otros restos extraños. Tal y como declararon los propios denunciados, acudieron al Sr. Valdivieso porque le habían visto en la televisión, en la que al parecer participaba en un programa.

Pues bien, el ofrecimiento al público de servicios de magia, rezos, conjuros o semejantes, por sorprendente que pueda parecer la adquisición de los mismos, constituye una acción socialmente adecuada de la que no puede derivarse responsabilidad: quien cobra por hacer rezos, invocar espíritus o espantarlos, o neutralizar la magia de que alguien pueda haber sido objeto, no comete por ello un delito de estafa; y es irrelevante si quien ofrece esos servicios conoce (o incluso se aprovecha) del error de quien le reclama tales servicios, que se representa internamente que la intervención del médium, mago o curandero puede llegar a tener unos efectos realmente imposibles. En estos supuestos el posible error de quien contrata no es imputable a la conducta de quien ofrece la magia, sino que la particular forma de entender la realidad de quien paga por este tipo de servicios es exclusivamente imputable a su propia cultura y “creencias ajenas a la conducta del acusado” (STS 20-12-2001; en el mismo sentido, STS 2-2-2007).

La conclusión derivada de lo anterior es que no puede derivarse responsabilidad penal por estafa de los hechos a que está referido el punto 1 del fundamento de Derecho anterior: es decir, el cobro (aunque se ha tratado ciertamente de cantidades desproporcionadas de más de 6.000 € -1.500 y 4.000 € pagados durante los primeros días por Felipe, a lo que habría que sumar los 600 € que declaró haber pagado Dominga por la consulta-) de los rezos, magia, conjuros, a quien está dispuesto a pagar tales cantidades por semejante actuación no es por sí mismo delictivo. En estos casos, el pago no deriva de un error provocado por la actuación ilícita de otro, sino de una representación muy particular de la realidad imputable únicamente a la propia víctima.

1.2.- La situación es diferente cuando la representación incorrecta de la realidad que sufre el perjudicado no es únicamente imputable a sus particulares creencias y falta de cultura científica, sino que éstas (la falta de formación, la incultura, la desesperación, las creencias particulares) determinan una vulnerabilidad que es aprovechada y explotada por el autor para convencerles de la necesidad de su intervención (que, evidentemente, tiene que ser bien remunerada) para conseguir efectos beneficiosos imposibles o para apartar de ellos desgracias de otro modo inevitables.

Es decir, una cosa es quien se sirve de la confianza en la magia, “misticismo” u “ocultismo” para cobrar a terceros por la prestación de servicios cuyo valor no puede entender ninguna persona que no participa de este tipo de creencias o





supersticiones; y otra cosa quien se aprovecha de la credulidad, ignorancia y falta de cultura de un tercero para convencerle de que la (muy cara y costosa) intervención del mago o médium es, en realidad, necesaria para evitar una desgracia o conseguir un beneficio sobrenatural. Mientras que en el primer supuesto, el acto de disposición patrimonial es únicamente imputable a las propias creencias del perjudicado y no a la actuación ilícita del autor, esto es al incumplimiento por el perjudicado de sus deberes de autotutela o protección, en el segundo se trata de una acción concluyente de engaño llevada a cabo por quien manipula y se aprovecha de las debilidades de su víctima. Dicho de otro modo, existe una diferencia entre quien sin más se aprovecha o toma ventaja de la inferioridad intelectual, cultural o, simplemente, de la credulidad o confianza de un tercero; y quien, para convencer al perjudicado, hace uso de un discurso que incorpora las debilidades del perjudicado y que está especialmente adaptado para, mediante el ataque a sus puntos vulnerables, conseguir mediante el engaño o ardid que el mismo acepte una representación errónea de la realidad que le lleve a disponer en su propio perjuicio de su patrimonio.

A esto último es a lo que se refiere la jurisprudencia cuando señala que, en todos estos supuestos, la relevancia típica del engaño debe determinarse a partir de un doble examen objetivo y subjetivo, “el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones”, si bien se exige “en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivación de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa” (STS 13-12-2005; cfr. STS 9-7-2009). En realidad, se trata de “la utilización de cierto contenido de “subjetividad” en la valoración objetiva del comportamiento con la idea de que no es posible extraer el significado objetivo del comportamiento sin conocer la representación de quien actúa” (STS 31-12-2008): así, cuando el autor conoce la debilidad de la víctima, su credulidad y falta de cultura, y se aprovecha de ellos para convencerla de que su intervención es necesaria para evitarle desgracias que le anuncia y asegurar su bienestar, existe un engaño al que es objetivamente imputable el error de la víctima que accede, por esa razón, a realizar pagos desproporcionados. Como dice la jurisprudencia, cuando “el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción (...) y busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor” (STS 31-12-2008; en el mismo sentido, SSTs 9-7-2009 y 20-12-2001).

Pues bien, en el supuesto objeto de este procedimiento, el acusado, si bien en una primera fase se limita a cobrar (cantidades ciertamente muy elevadas) por





servicios de magia que los perjudicados le demandan –al menos, las acusaciones no han probado que fuera de otro modo-, en un segundo momento, consciente de las debilidades, vulnerabilidad e ignorancia de sus víctimas, desarrolla un discurso especialmente ajustado a las mismas con el que consigue convencerles de que deben pagar cantidades elevadísimas para evitar su muerte, para evitar un grave accidente, para conseguir la curación de la hermana o para poner fin a una supuesta suerte desfavorable que relacionaba, a su vez, con la potencial pérdida de la finca que vienen trabajando durante generaciones. Se deben incluir aquí los hechos que son objeto de valoración en los puntos 2 y 4 del fundamento de Derecho anterior: Dominga realizó pagos sucesivos de 3.500, 8.000, 8.000 y 7.000 € tras ser convencida por el acusado de que era necesario para evitar un grave accidente, evitar su muerte, conseguir la sanación de su hermana o evitar la pérdida de la finca; y, de igual forma, Felipe pagó 8.000 y 3.700 € (que se sumaban a los pagos iniciales de 5.500 € y a los casi 20.000 pagados por el falso documento que les aseguraba la titularidad de la finca), porque “se sentía hipnotizado”, es decir, había sido convencido por el Sr. Valdivieso de que eran pagos necesarios para apartar la desgracia, obtener la sanación de la hermana y evitar que la magia pudiera agravar su estado y asegurarse la conservación de su finca.

Estos hechos, en consecuencia, deben ser subsumidos en el art. 248 CP.

1.3.- El tercer hecho que debe ser analizado separadamente se refiere al ofrecimiento de mediación del Sr. Valdivieso ante un “Juez de Las Palmas” y un “notario de Tacoronte”.

Según se ha estimado probado, y se justifica motivadamente en el punto 3 del fundamento de Derecho anterior, el Sr. Valdivieso, durante sus entrevistas con los hermanos Hernández García y tras visitar su domicilio, éstos estaban muy preocupados por el posible resultado de un pleito con el propietario de las tierras que ocupan y que, al parecer, pretendía recuperar la posesión de los terrenos. En este contexto, y posiblemente tras haber agotado ya sus posibles argumentos para conseguir el pago de cantidades elevadas de dinero (había cobrado ya 19.500 € a Dominga para evitarle dos accidentes de tráfico y para facilitar la curación de su hermana y neutralizar los graves efectos que la magia de terceros le estaba causando; y otros 5.500 € a Felipe, a lo que se añaden otros 11.700 € más que constan pagados en fechas posteriores) les convenció de que el proceso judicial pendiente podía solucionarse favorablemente para ellos gracias a la mediación de un familiar suyo juez residente en Las Palmas –al que identificaba como “Iglesias”- y un notario de Tacoronte amigo suyo; y llegó a entregarles el documento por el que, según les indicó, el problema legal quedaba solucionado.





En este caso se trata del engaño mediante el ofrecimiento de una mediación falsa en realidad inexistente (una mera venta de humo), en la que confiaron los perjudicados, circunstancia que les llevó a pagar una cantidad de 19.990 €. De nuevo, se trata de un acto de disposición patrimonial motivado por el error imputable al engaño del acusado (art. 248 CP).

2.- El Ministerio Fiscal y la acusación han interesado que los hechos se califiquen como constitutivos de un delito continuado de estafa (art. 74.2 CP) agravado por la concurrencia de las circunstancias expresadas en los apartados 4º y 5º del art. 250.1 CP.

2.1.- El valor final de la defraudación, según ha resultado probado, ascendió a 58.190 € en total, por lo que resulta aplicable el art. 250.1.5º CP (la agravación resulta aplicable cuando se supera el límite de los 50.000 €, sin que la cantidad defraudada deba ser dividida entre los perjudicados –STS 17-9-2003-).

No cabe duda de que las sucesivas acciones de engaño emprendidas por el acusado se integraron en un mismo plan delictivo (conseguir entregas no justificadas de elevadas cantidades de dinero abusando de su ignorancia y credulidad). Estas acciones sucesivas, que determinaron las correspondientes entregas de efectivo, constituyen un supuesto de delito continuado al que, dada su naturaleza patrimonial, sería de aplicar el art. 74.2 CP (SSTS 17-2-2010, 21-1-2010, 13-11-2007).

Sin embargo, la aplicación conjunta en este caso del art. 74.2 y del apartado 5º del art. 251.1 CP no resulta posible, y constituiría una infracción del principio de prohibición de doble valoración: la defraudación alcanza finalmente una cantidad superior a 50.000 € (art. 250.1.5º CP), y alcanzó a la práctica totalidad del patrimonio de los perjudicados, pero esos efectos se producen justamente mediante la reiteración delictiva a que se refiere el art. 74.2 CP. Es decir, la aplicación concurrente de ambas normas (el art. 74.2 CP por una parte, y la agravación del art. 250 CP, por otra) constituiría un *bis in idem* (cfr. SSTS 17-12-2008, 27-2-2004).

2.2.- Por el contrario, sí que se estima compatible la apreciación conjunta de las circunstancias de los números 4º y 5º del art. 250.1: la circunstancia del art. 250.1.5º está referida a la gravedad del hecho derivada de la circunstancia de alcanzar el importe de la defraudación una cantidad objetiva determinada, con independencia de cuál haya podido ser el efecto causado sobre el patrimonio de la víctima; en el caso del art. 250.1.4º CP –y en lo que se refiere a su aplicación a los hechos objeto de este procedimiento–, se trata de la valoración de la situación económica en que queda la víctima. La circunstancia no requiere de la acreditación de una situación de indigencia, y resulta aplicable en los supuestos en los que las víctimas son personas de ingresos moderados (en el supuesto objeto de este procedimiento, un agricultor y una auxiliar con ingresos





mensuales muy moderados, según evidencian sus libretas de ahorro) que resultan privadas de los ahorros de toda su vida (SSTS 30-11-2006, 5-2-2003).

3.- Todos los hechos fueron llevados a cabo por el acusado, Víctor Manuel Valdivieso Hernández, que debe ser considerado autor responsable de los mismos (art. 28 CP).

Individualización de la pena

Tercero.- Para la determinación de la gravedad de la pena el Tribunal valora las siguientes circunstancias: la elevada cantidad defraudada y la grave situación económica en que el mismo dejó a ambos perjudicados, privados de los ahorros de toda la vida; la especial reprochabilidad de una acción de engaño emprendida sobre personas ignorantes aprovechándose de su evidente vulnerabilidad; y la propia dinámica comisiva empleada, en la que el autor combina diversas formas de engaño (la brujería y la superstición, pero también el engaño más clásico del ofrecimiento de la falsa mediación de una autoridad para conseguir enderezar un pleito cuando era necesario). A la vista de lo anterior se estima procedente imponer la pena en su tramo superior, y se impone una pena de cuatro años de prisión y multa de 3.000 € como pena ajustada a la culpabilidad por el hecho (arts. 250.1 y 66 CP). Asimismo se le impone la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 56 CP).

Para la fijación del importe de la cuota diaria de multa el Tribunal se ajusta a la petición del Ministerio Fiscal: la capacidad económica del acusado, visto el importe de las minutas que cobraba por sus rezos y magia, justifica sobradamente tal importe.

Cuarto.- En concepto de responsabilidad civil, y vistos los arts. 109.1 y 110.3º CP, el acusado Víctor Manuel Valdivieso Hernández deberá indemnizar a Dominga Hernández García con la cantidad de 26.500 €; y a Felipe Hernández García, con la cantidad de 31.690 €.

Quinto.- Debe condenarse al pago de las costas al criminalmente responsable de los hechos que nos ocupan, tal como dispone el art. 123 del C.P.





FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Víctor Manuel Valdivieso Hernández como autor responsable de un delito de estafa de los arts. 248 y 250.1.4º y 5º a la pena de cuatro años de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, y multa de 3.000 €.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará a Dominga Hernández García con la cantidad de 26.500 €; y a Felipe Hernández García, con la cantidad de 31.690 €.

Condenamos a Víctor Manuel Valdivieso Hernández al pago de las costas.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente estando celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

