

CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO

*Fiscal***ENUNCIADO**

Cuatro individuos miembros de una sociedad, dedicada a la construcción desde hacía años, vista la mala situación económica en la que se encontraba, decidieron, en el año 2003 de común acuerdo, confeccionar varios documentos, concretamente 10 impresos oficiales, que consistían en certificaciones de obras por supuestos trabajos realizados a determinados organismos de las Administraciones Públicas, para lo cual imitaron la firma del Arquitecto Director de las obras así como del funcionario que daba la conformidad al volumen de obra realizada, poniendo el sello del organismo público que previamente habían confeccionado en una imprenta. Esas certificaciones fueron descontadas en la Caja de Ahorros correspondiente, que mantenía una línea de descuento de las certificaciones de organismos públicos como consecuencia de obras públicas realizadas. De esta manera obtuvieron 1.000.000 de euros, ante la creencia de la entidad bancaria de considerar legítimas las indicadas certificaciones.

Con anterioridad a estos hechos, los mismos miembros de la sociedad fueron condenados en sentencia de 2002 por hechos similares, si bien con un diferente banco perjudicado, siguiendo un *modus operandi* similar.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Calificación jurídica.
2. Delito continuado: cosa juzgada y penalidad.

SOLUCIÓN

La primera cuestión planteada, referida a la calificación jurídica de los hechos, incide necesariamente en la consideración delictiva del comportamiento descrito. La apariencia delictiva es evidente, y concretada en la aplicación de los tipos de estafa y falsedad en documento público.

Respecto de la estafa surge la pregunta referida a si el elemento esencial de la estafa, el engaño, el elemento nuclear de la misma, se encuentra presente, ya que en ese caso la concurrencia del resto de elementos resultaría más clara.

De los hechos se infiere claramente que nos encontramos ante una sociedad que se dedica de manera conocida a la realización de obras por cuenta de la Administración Pública, relacionándose para ello con entidades bancarias, a través de las cuales obtenían el descuento de los documentos, certificaciones de obra de los trabajos realizados, que realizaron con maquinaciones falsarias. Resulta clara que la admisión y el descuento de los documentos por la Caja de Ahorros fueron consecuencia de la actividad habitual de la empresa en cuestión, dedicada a las obras públicas y sabedora de los trámites y procedimientos oportunos para la obtención del dinero a través del descuento. Existía una apariencia, que fue oportunamente revestida de las circunstancias necesarias para que la entidad no sospechara que el desplazamiento patrimonial consiguió que se produjera la obtención del beneficio buscado. Existió un engaño bastante hacia la entidad bancaria, que recibió la documentación habitual, a través de la falsificación de una serie de documentos esenciales para obtener el descuento de los mismos, y que generó en ella un error que motivó el desplazamiento patrimonial en perjuicio de la Administración Pública. En principio parece claro que la estafa se produjo, pero convendría preguntarse si existió un relajamiento de los deberes de protección, es decir, si dado que nos encontramos ante un tipo penal que protege el patrimonio, el error que sufre el sujeto pasivo en relación a las relaciones existentes con anterioridad con el autor resultaba evitable con una mínima diligencia, de manera que el comportamiento negligente o descuidado de la víctima provocó el error, y en ese sentido valorar si el engaño era o no idóneo para vencer los mecanismo de defensa y si en este sentido era bastante.

La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a evitar el error depende de cada caso, en función de las situaciones concretas y de las relaciones existentes entre las partes. En este sentido habrá de convenirse que existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, ya que en otro caso la actividad económica se vería ralentizada por la desconfianza. En este sentido existe un riesgo permitido en función de cada sector en el que se opere, en consideración a las circunstancias personales de las partes, así como de la importancia de las obligaciones de las mismas, que habrá de tenerse en cuenta ya que el delito de estafa no protege las lesiones al patrimonio que son evitables con facilidad, si el sujeto hubiere actuado con la diligencia exigida en cada caso. Así la Ley requiere que el engaño sea bastante, y se exige que se tome en su medida ponderada la suficiencia de la simulación de la verdad para vencer al sujeto pasivo e inducirle al error. En este sentido nos encontramos ante un engaño escenificado de forma que sustraerse a él entraña un grado de dificultad, de manera que al sujeto pasivo, a la vista de la certificación de obra ejecutada, presentada al descuento, que recogía las firmas exigidas así como el sello oportuno, le llevó a realizar el desplazamiento patrimonial, sin que por tanto existiera un debilitamiento de los deberes de protección exigibles, ya que el engaño fue idóneo.

Estaríamos en presencia de un delito de estafa continuada del artículo 248.1 del Código Penal (CP), en relación con el artículo 74 del mismo texto legal, con la agravación del artículo 250.6, ya que, atendido el valor de la defraudación (1.000.000 de euros), resulta evidente que supera con creces los criterios utilizados por el Tribunal Supremo (TS), para considerar la estafa de especial gravedad, visto el valor de lo defraudado.

Respecto del delito de falsedad en documento oficial, los datos recogidos en los hechos propuestos indican la existencia de un delito de falsedad, ya que en primer lugar se confecciona un documento al que se añaden unas firmas simuladas, se imitan las necesarias para que el documento tenga virtualidad defraudatoria y, además, se confecciona un sello, necesario también, al encontrarnos con el emitido por una Administración Pública, que debe ir siempre en esos documentos, como valor de autenticidad. Que el documento es público es indudable: era un impreso oficial al que añaden las firmas y el sello imprescindibles. No obstante pudiera plantearse la cuestión de la autoría material de la falsificación, respecto de la cual nada dice el caso, pues sólo alude a que los miembros de la sociedad actuaron de común acuerdo, pero no describiendo si las firmas fueron imitadas por uno u otro de los implicados, y desde este aspecto discutirse la condena respecto de todos los partícipes en la sociedad. El TS tiene declarado en este aspecto que la existencia de un *pactum sceleris*, es decir, de la existencia de una voluntad común dirigida a un determinado fin, no exige que los imputados efectúen materialmente el tipo penal, ya que las conductas de todos ellos son convergentes en la persecución de un mismo objetivo, y si resultare que alguno de los acusados fuera el autor material, o no se supiera su autor real, lo relevante es que todos actuaron conoedores de la falsedad y del uso de las certificaciones, y ello independientemente de la existencia de otros posibles autores implicados. Es más, aunque se dispusiera de una prueba grafológica que nos podría determinar esa autoría material, este hecho no desvirtuaría la responsabilidad en el mismo sentido por el resto de las personas; y como en este caso no existe tal prueba, no supone un obstáculo para imputar el hecho a todos en cualquier caso, ya que todos eran beneficiarios, tuvieron en su poder el sello, efectuaron su encargo, lo adquirieron con ese fin de lucro y lo estamparon en el impreso oficial alterado con las firmas simuladas, es decir, entró en el tráfico jurídico. Por tanto, siendo el delito de falsedad un delito que no puede ser configurado como de propia mano y que admite formas de participación, como la inducción o la cooperación necesaria, que están equiparados jurídicamente a la autoría (art. 28 del CP), los miembros de la sociedad bien pudieron actuar materialmente en la falsificación, bien pudieron inducir al hecho o bien pudieron participar de forma que pudiera considerarse como cooperación necesaria; todos han intervenido en el hecho falsario, ya que todos fueron los que presentaron las certificaciones falsificadas al descuento en la entidad bancaria, beneficiándose todos de la misma.

Por tanto, todos deberían ser condenados como autores de un delito de falsificación de documento público de los artículos 392 en relación con el artículo 390.1.1.º y 2.º, ambos del CP, en relación con el artículo 74 del mismo texto legal.

La segunda cuestión que se plantea surge de la condena anterior por hechos similares, por los cuales resultaron condenados los mismos socios de la misma sociedad, es decir, por unos delitos de falsedad y estafa continuados, ya que se podría plantear la cuestión relativa a si deberían ser incluidos en el delito continuado dado que siguieron el *modus operandi* indicado, lo que conecta con el tema de la cosa juzgada y con el tema de la penalidad, es decir, si esa conducta puede ser tenida en cuenta a efectos de imposición de la pena.

Respecto de la cosa juzgada en el ámbito del proceso penal debe decirse que, desde un punto de vista procesal y desde los límites objetivos de la cosa juzgada, ésta afecta no sólo a los hechos que han sido objeto de acusación y enjuiciamiento, es decir, respecto de los cuales se abrió el proceso

penal, se fijó el objeto del mismo y se acusó, siendo sometidos posteriormente al correspondiente juicio oral, sino a todos aquellos que con anterioridad al proceso fueron realizados, no hubieren sido objeto de acusación y fueron descubiertos posteriormente. Sin embargo, cuando no obtienen ese tratamiento procesal y penal unitario, sólo pasan en autoridad de cosa juzgada los hechos que fueron realmente sometidos a juicio, lo que ocurriría igualmente si la sentencia fuera absolutoria, ya que pasarían con esa autoridad sólo los realmente acusados y enjuiciados.

Por lo tanto, en este caso, la cosa juzgada no podría ser objeto de aplicación, ya que no sólo fueron juzgados con antelación los que fueron objeto de juicio en 2001, los demás fueron cometidos y sometidos a proceso penal posteriormente, por mucho que las conductas fueran semejantes, con igual *modus operandi*, y vulnerando los mismos bienes jurídicos protegidos. No obstante, sí puede tener consecuencias desde el punto de vista de la pena a imponer, y así cuando por hechos similares haya existido una condena también por delito continuado, de forma que, de haberse tramitado conjuntamente, se hubiera dictado una sentencia por delito continuado que integrara todos los hechos unificados en la continuidad delictiva, la pena por su intervención en los hechos ahora enjuiciados no puede exceder de las señaladas por el Código al delito, acordándose la autoría respecto de todos los hechos en los que haya intervenido, extrayendo las consecuencias penológicas que procedan de su intervención en los mismos, teniendo en cuenta para el cumplimiento efectivo de la pena la que se le impuso en el proceso previo (SSTS de 11 de mayo de 1999 y 24 de enero de 2002, que señalaron que no procede la excepción de cosa juzgada, al existir enjuiciamiento previo o falta de identidad fáctica).

Esta posición es similar a la adoptada en los casos de concurrencia de sanciones administrativas y penales respecto de un hecho, en la que se debe tener en cuenta la sanción que en el ámbito administrativo se impuso, con el fin de evitar el rigor que supondría la doble sanción que superara la medida de la culpabilidad prevista en la norma, es decir, evitar la quiebra del principio de proporcionalidad de las penas.

En este aspecto ahora mencionado, se han sostenido dos posiciones:

Una primera que considera que debe descontarse en la segunda condena la pena impuesta en la primera, es decir, se fija la pena respecto de los hechos del caso, descontándose la impuesta en la primera, ya que pudieron ser juzgados todos en un mismo procedimiento (STS de 20 de abril de 2004).

Una segunda posición que estima que el límite sancionador no debe verse superado por la pena prevista en el Código, de forma que las penas que se impongan no deben superar el marco penal que para el hecho venga previsto en el tipo penal (STS de 18 de octubre de 2004).

En este caso ésta parece ser la posición más correcta, desde la perspectiva de la proporcionalidad de las penas, de manera que deberá fijarse abstractamente la pena que corresponda al hecho, teniendo en cuenta la continuidad delictiva en los delitos de falsedad y estafa, así como la notoria importancia de la estafa que cualifica la misma, debiendo señalarse que, en los delitos contra el patrimonio, la continuidad delictiva posibilita que el resultado producido sea tenido en cuenta como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite tener en consideración la especial gravedad. Esta posición

permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas (SSTS de 23 de diciembre de 1998 y 17 de marzo de 1999).

Si las acciones que integran el delito continuado, por sí mismas, ya suponen la aplicación de la agravación de la especial gravedad, será de aplicación el artículo 74 del Código, lo que en el caso que contemplamos supondría la aplicación del delito continuado de falsedad en concurso con otro delito continuado de estafa en el que cada conducta supone la aplicación específica de notoria importancia, lo que determinaría que la pena se impusiera hasta los seis años, lo que implicaría, aplicando el principio de proporcionalidad de la pena, la imposición de una pena inferior, debiendo tenerse en cuenta que cada falsificación y cada defraudación podría ser sancionada independientemente con penas similares.

Por tanto, la existencia de una sentencia anterior por hechos similares sólo tendría repercusión en relación con la pena y su proporcionalidad, teniendo en cuenta que la anterior fue dictada por un hecho similar, de forma que se aplicarían los criterios anteriores, fijando una pena como máximo de hasta seis años, con las consideraciones mencionadas más arriba.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 28, 74, 248, 249, 250.6, 390.1.1.º y 2.º y 392.
- SSTS de 23 de diciembre de 1998, 17 de marzo y 11 de mayo de 1999, 24 de enero de 2002, 20 de abril y 18 de octubre de 2004 y 22 de noviembre de 2005.