

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Se plantea la actuación de una persona en su condición de funcionario público, que toma el dinero facilitado por un tercero (el 25 de junio de 1996), con la aparente pretensión de destinarlo al pago de impuestos, por importe de 656,22 euros, pues su actividad consiste precisamente en ello; es decir, en intervenir en funciones recaudatorias. Confiando el tercero en su condición profesional, le entrega el importe, que no destina al pago impositivo, sino que se lo queda, jugándose posteriormente en un casino (el 13 de julio de 1996).

Habiendo creado el funcionario la ficción de que iba a proceder a la cancelación del impuesto, tras recibir el dinero, confecciona un documento, cumplimentando modelo oficial, alterando la firma del jefe de la sección, que es a quien le correspondería dar fe del pago mediante la constatación escrita de tal circunstancia en el referido documento, que posteriormente entregó a la persona que le había confiado el dinero, creyendo debidamente pagada la deuda fiscal.

Al funcionario se le diagnostica una afectación ludopática, declarada según un único informe pericial obrante en el procedimiento penal incoado. El funcionario, antes de la celebración de la vista pública por delito de apropiación indebida, procede a la devolución íntegra de lo apropiado al perjudicado.

La sentencia condena por delitos de estafa y falsedad, con aplicación en ambos casos de la agravante genérica del artículo 22.7.^a (carácter público del culpable) y la atenuante de reparación del daño del art. 21.5.^a

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Alteración psíquica, trastornos de la personalidad y su influencia en la causa penal.
2. Funcionario público: influencia como agravante genérica.
3. Naturaleza de las atenuantes a aplicar y su incidencia en la pena.
4. Correcta y definitiva tipificación de los hechos.

• **SOLUCIÓN:**

Por resultar cuestiones interconectadas, la primera y tercera serán tratadas conjuntamente, y con ellas se pretenderá ilustrar acerca de la apreciación de una semiximente del artículo 21.1, en relación con el artículo 20.1 sobre alteración o anomalía psíquica al tiempo de cometer la infracción, que impida en el

sujeto comprender la licitud de un acto o de actuar conforme a esa normal comprensión; así como la perfecta delimitación de la pena, según el posible juego de atenuantes y agravante. Es decir, asumimos que el funcionario público se queda con el dinero y se lo gasta, y asumimos que padece cierta ludopatía. Se trata, en definitiva, de saber si esa ludopatía tiene trascendencia penal y, en el supuesto de que así sea, habrá que tipificarla correctamente, ante las múltiples posibilidades de los artículos 21.1, 20.1 y 21.6, bien como genéricas, cualificadas o analógicas. Bueno será que ilustremos doctrinalmente sobre tales consideraciones antes de la valoración final. Observar que el caso sólo permite deducir un informe pericial. Dejando al margen la consideración de que no cabe recurso de casación amparado en varios informes periciales disímiles, pues la interpretación coherente del Tribunal ante la diversidad de opiniones periciales lo impide, permitiéndolo tan sólo la existencia de uno solo o de varios coincidentes, con un razonamiento totalmente contrario del Tribunal, fuera de toda lógica, que le lleve a alejarse injustificadamente de lo que uno o varios coincidentes le sugieren...; prescindiendo de ello (aun cuando ilustrando también sobre esta cuestión más bien procesal), diremos que se observa en el funcionario culpable una «afectación ludopática» y que se «juega y gasta el dinero». Si nada más se dice..., calificar la conducta con la semiximente de alteración o trastorno psíquico del artículo 21.1, en relación con el 20.1, parece factible. Calificar su conducta por la atenuante genérica analógica del 21.6, también. Finalmente, entender su conducta atenuada por analogía cualificada del 21.6, ¡perfecto! En consecuencia, si no delimitamos doctrinalmente los conceptos con claridad, la pena variaría necesariamente con unas oscilaciones al alta o a la baja pronunciadas, por virtud del juego de las reglas de aplicación de penas de los artículos 66 y 68 del Código Penal (CP).

Hay un diagnóstico («afectación ludopática»). Hay una alteración o anomalía psíquica declarada. En estos casos el sistema penal, que tiene naturaleza mixta, busca la doble coincidencia: causa biopatológica y efecto psicológico. Al Derecho Penal le importa, además de la enfermedad, que ésta influya en su capacidad de entender y comprender. ¡Esto es lo importante en el caso práctico!: el funcionario padece una ludopatía, pero no se dice de qué manera influyó en la capacidad de entender y de querer la conducta, ni la relación directamente querida entre el apoderamiento para el gasto en el juego. La jurisprudencia venía entendiendo en la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad por alteraciones mentales la necesaria combinación de la clasificación médica «y el acto delictivo que se trate», porque «la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación de causalidad entre la enfermedad mental y el acto delictivo». La simple constatación de la ludopatía, tal cual queda reflejada en el caso, puede tener su importancia desde el punto de vista exclusivamente médico pero no así en el Derecho Penal. Ni siquiera se dice leve o moderada afectación de la capacidad, lo cual permitiría indagar sobre la apreciación de una atenuante analógica genérica del artículo 21.6 del CP. Una ludopatía o un trastorno de la personalidad cualquiera puede derivar en la necesidad de un tratamiento médico, aun cuando su capacidad de voluntad resulte intacta. Sólo en la medida en que ésta resulte afectada entrarán en juego las circunstancias que atenúen la responsabilidad penal. La compulsión al juego es otro de los elementos determinantes. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue entre la compulsión al juego coetánea a la oportunidad de jugar, como algo irrefrenable y con trascendencia penal atenuatoria, y la voluntad dominante, a pesar de la adicción al juego, cuando hay manifiesta separación en el tiempo entre la acción (la sustracción del dinero) y la oportunidad de gastarlo jugando (la ocasión propiamente dicha), en donde no nace derecho atenuatorio alguno, y donde, en todo caso, la analogía genérica pudiera adquirir cierto protagonismo.

El caso planteado es buen reflejo del distanciamiento en el tiempo entre la acción (el 25 de junio de 1996) y el pródigo resultado (cuando juega el 13 de julio de 1996). Podemos, por fin, decir que apreciamos una atenuante analógica de trastorno de la personalidad por el juego y no una cualificada ni una semieximente. A la estafa y a la falsedad le aplicamos el artículo 21.6, en relación con el 21.1 y 20.1; pero, por disposición de las reglas de aplicación de la pena del artículo 66.2.^a, los límites máximo y mínimo se circunscribirían dentro de la mitad inferior de la pena base. Si es estafa y falsedad en documento público, son los artículos 249, 390 y 392 los básicos, y si además hay la atenuante de reparación del daño por devolución del dinero antes de la celebración del juicio oral, la intervención de las dos atenuantes genéricas permite, según indica el precitado artículo 66, bajar la pena en uno o dos grados, sin la concurrencia de ninguna circunstancia agravante. Esto nos lleva necesariamente a resolver la siguiente cuestión:

La sentencia condena por la agravante de prevalerse de su condición de funcionario público tanto en la estafa como en la falsedad en documento oficial. ¿Es correcto? Hay que decir tajantemente que no. No puede tenerse en cuenta doblemente la condición de funcionario público cuando menos en la falsedad en documento público. El tipo penal del artículo 390 ya contempla expresamente esta circunstancia («la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad», dice el precepto); no así la estafa (léase el art. 248). El abuso cometido en el ejercicio de sus funciones «se lleva a cabo precisamente en razón de su condición de funcionario público», por tanto, está valiéndose de su condición para la falsedad.

Es de esta manera como quedaría configurada definitivamente la tipificación de los hechos (con lo cual daríamos respuesta a la última de las cuestiones), como sendos delitos de estafa, de los artículos 348 y 349 del CP y de falsedad en documento público de los artículos 390.1 y 4 y 392, con aplicación en el primero de los delitos de las atenuantes genéricas de reparación del daño y analógica de trastorno de la conducta por ludopatía y la agravante del carácter público del funcionario; y con exclusiva aplicación de estas dos atenuantes en la falsedad (sin alusión alguna a la agravante en el delito de falsedad, por ser inherente al tipo básico del 390).

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1, 21.1 y 6, 248, 349, 390 y 392.
- SSTs de 11 de junio de 1992, 20 de enero de 1993, 15 de noviembre de 1999 y 18 de enero de 2000.