

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ

Fiscal

## • ENUNCIADO:

*En diversas ocasiones y en distintas fechas, a lo largo de los años 1999 y 2000, Luis Pedro San Tomás Jardier, director de una sucursal bancaria de la mercantil Banca Ibérica del Mar, dispuso en su beneficio, con inequívoco ánimo de lucro, de cantidades dinerarias de clientes bancarios, mediante reintegros que incorporó a su patrimonio, previa impresión mecánica sobre el papel justificativo del movimiento, bien cartillas de ahorro, bien en soportes de papel interno del banco acreditativos de las transacciones dinerarias, sin la correspondiente autorización y, menos aún, sin el conocimiento preceptivo de los titulares. Las diversas regularizaciones o reintegros de los clientes supusieron un importe, en distintas partidas dinerarias, de 124.997 euros en el total de 12 actuaciones contables fraudulentas. De entre ellas, dos lo fueron por los importes que se detallan: 24.326 y 34.332 euros, respectivamente.*

*Dos informes médicos indican que Luis Pedro presenta un trastorno de la personalidad que, a pesar de estar relacionado con el dinero, no supone un cuadro patológico en cuanto a la percepción, comprensión y respuesta a los estímulos psíquicos, aun cuando sí suponen en el sujeto un descontrol claro de los impulsos relacionados con el dinero. No obstante las coincidencias de los dos informes en lo anterior difieren en: una intacta capacidad de entender o querer -según refiere uno de ellos-; o bien -según el segundo informe- «un carácter forzado de la personalidad que resta objetividad a su capacidad de elección; con una impulsividad enfermiza, acompañada de sentimientos persistentes de vacío, lo cual anula su capacidad de vacío».*

*La Audiencia Provincial (AP) condena a Luis Pedro como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida, en concurso ideal con un delito también continuado de falsedad en documento mercantil, con la concurrencia de la atenuante analógica del artículo 21.6, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77.2 del Código Penal (CP), condena por dos y tres años, por las apropiaciones y las falsedades, respectivamente y por separado; con exclusión de lo dispuesto, a los efectos punitivos, en el artículo 74 del CP para la continuidad delictiva, alegando doble imposición sobre un mismo criterio legal (la notoriedad o especial gravedad de las cuantías, indicadas en el art. 250.1.6.º).*

## • CUESTIONES PLANTEADAS:

1. ¿Qué criterios se tienen en cuenta en la jurisprudencia para discernir sobre la capacidad del autor?
2. ¿Hay falsedad en documentos mercantiles? ¿Las cartillas de ahorro y las anotaciones contables en papeles bancarios sin firma, con impresión mecánica, son documentos mercantiles?

3. ¿Es compatible la aplicación de los artículos 74.2, 77.2 y 250.1.6.º en el presente caso?
4. ¿Es correcta la pena impuesta por la AP?

• **SOLUCIÓN:**

1. Con la primera de las cuestiones se pretende indicar el criterio legal y jurisprudencial a tener en cuenta a la hora de pronunciarnos sobre la existencia de una eximente incompleta, una atenuante analógica, o, por el contrario, nada influyente en la capacidad del autor y nada a tener en cuenta en una responsabilidad penal completa.

Se observa un trastorno de la personalidad que alguna incidencia tendrá en la responsabilidad de Luis. Pero al mismo tiempo hay dos informes aparentemente similares sobre el culpable de la apropiación indebida del dinero. Lo importante aquí es saber cuál de los dos informes es dominante; cuál debe vincular esencialmente la sentencia judicial motivada, habida cuenta de que en ambos se aprecia un trastorno de la personalidad. Y en esta línea de argumentación conviene recordar la posición dominante en la doctrina jurisprudencial: los documentos médicos tienen tal consideración a efectos casacionales, pudiendo invocarse para fundamentar un recurso de casación. Invocados dos documentos, sólo siendo de idéntica conclusión, si la sentencia se hubiera apartado, en sus razonamientos, de la lógica y hubiera llegado a una conclusión acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad del autor absurda, el recurso de casación prosperaría. Y si sólo hubiere un documento y la sentencia se apartara infundadamente de las conclusiones médicas de éste, un posible recurso de casación por igual error en la valoración de la prueba podría prosperar. Pero el caso es que nos encontramos dos pericias médicas documentadas (se supone que contradichas en el acto de la vista oral, con ratificación y confirmación de los respectivos dictámenes, por los médicos respectivos). En tales circunstancias, los Tribunales son libres de escoger uno u otro de los dictámenes, siempre que no se parta infundadamente de lo que obra en los mismos, de forma clara y unánime. Hay diferencias evidentes, pues si bien ambos reconocen la existencia de un trastorno de la personalidad, uno de ellos se expresa reconociendo que no se altera la capacidad de entender y comprender la ilicitud de las conductas realizadas por Luis, mientras que el otro sostiene que el trastorno «parece haber restado objetividad a su capacidad de elección; su impulsividad es claramente enfermiza, acompañada de sentimientos de vacío, lo que anula su funcionalidad volitiva». En fin, la conclusión ante la disparidad de criterios médicos es la libre elección fundada en la sentencia, apreciando en conciencia la prueba practicada, con la contradicción pertinente y la ratificación en el juicio oral. Lo que no se admite es la arbitrariedad cuando de un solo informe se trate, o de varios coincidentes. En estos supuestos el razonamiento de la sentencia no se puede apartar de la verdad incuestionable del dictamen; y el dictamen es documento casacional, susceptible del recurso. Valdría, por tanto, en el presente supuesto práctico la apreciación de una atenuante por analogía (art. 21.6 del CP), o el planteamiento de la alteración psíquica como eximente incompleta (arts. 20.1 y 21.1 del CP). El artículo 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de libre valoración de la prueba, tras el juicio y el prudente razonamiento, con la consiguiente motivación, tienen la respuesta.

2. El caso plantea la apropiación de dinero, mediante la técnica de reintegros parciales de distintas cantidades a través de soportes materiales (cartillas de ahorros, documentos de reintegro internos...), sin firma y con simple impresión mecánica. La pregunta es: ¿cabe delito continuado de falsedad, o sim-

plemente falsedad en documento mercantil en estos casos?; o ¿tan sólo estaríamos ante la apropiación indebida, sin concurso con el delito continuado de falsedad, considerando, en consecuencia, inaplicables los artículos 390.1 y 392 del CP? ¿Son documentos, a los efectos de la falsedad, los indicados en el supuesto práctico? Existiendo alteración esencial en el documento cartilla de ahorro, y constatándose mediante impresión mecánica la actuación fraudulenta de Luis, pareciera razonable excluirlos de la consideración de documento a estos efectos. No obstante, la doctrina consolidada de la Sala entiende que son documentos, además de los considerados por las leyes mercantiles o de todo tipo españolas sobre la materia, los albaranes, facturas, notas de entrega, etc.; y en lo relativo a documentos bancarios, son de tal consideración las cartillas de ahorro y el soporte material impreso, de donde se deducen información de clientes y reintegros de cuentas, por la trascendencia para el titular y para terceros; por lo cual, en estos supuestos, no son simples notas internas del banco sin trascendencia jurídica. En conclusión, al delito continuado de apropiación indebida habrá que añadirle el concurso con el delito continuado de falsedad en documentos mercantiles, de los artículos 390.1 y 392 del CP.

3. Aquí se plantea si el Tribunal de instancia ha impuesto una pena correcta, inaplicando dos veces artículos punitivos (el 74 y el 77.2, en relación con el 250.1.6.º) sobre una misma conducta delictiva. Es decir, compréndase que Luis se ha apropiado de cantidades dinerarias, que aisladamente consideradas alguna de ellas, por sí solas, supondrían una apropiación de especial gravedad atendiendo a las cuantías (art. 250.1.6.º). El Tribunal sentenciador, al imponer la pena en cuatro años rechaza la aplicación de la continuidad delictiva con el efecto de agravación que conlleva, por entender que la aplicación del subtipo agravado del número 1, apartado 6.º, del artículo 250 (que sí tiene en cuenta) hace incompatible aquella continuidad delictiva, porque simultanear ambos preceptos podría vulnerar el principio (luego se comprenderá mejor cuando analicemos en el siguiente apartado la pena correcta a imponer, consecuencia del razonamiento que ahora se expone). Por tanto, el Tribunal sólo tiene en cuenta el artículo 250.1.6.º, y como quiera que la pena oscila entre uno y seis años de prisión, y que resulta más beneficioso penar por el delito más grave en su mitad superior (la apropiación), con la concurrencia de la atenuante analógica y el artículo 77.2, imponer cuatro años de prisión (la pena podría recorrer la extensión de tres a seis años).

Pues bien, la compatibilidad entre los preceptos es válida, pues entiende la jurisprudencia que hay tres supuestos en la materia:

- a) Una pluralidad de acciones, con continuidad delictiva, sin aplicación del subtipo agravado del artículo 250.1.6.º, porque ninguna de ellas, aisladamente consideradas, reviste especial gravedad.
- b) Una sola acción con una sola apropiación indebida, por cuantía de especial gravedad, que justificaría la aplicación del precepto agravado.
- c) Una pluralidad de acciones, con continuidad delictiva, entre las cuales, sólo alguna de ellas es de especial gravedad.

En el caso fáctico se presenta la modalidad c), pues alguna acción, algunos de los importes apropiados, son por sí solos, de especial gravedad del subtipo del artículo 250.1.6.º del CP. Se puede concluir que no se acepta la doble imposición que podría vulnerar el principio *non bis in idem*, porque no recaería sobre la misma situación fáctica, no existiendo el riesgo de una doble agravación porque no se trata de los mismos hechos. La compatibilidad entre la apropiación indebida y la continuidad

delictiva, con la aplicación del artículo 74.2 es total, y la doctrina al efecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada. Téngase en cuenta que las distintas partidas de dinero apropiadas, lo han sido en diversas fechas, y que además el tipo especial de agravación del artículo 250.1.6.º del CP atiende no sólo a la especial gravedad por la cuantía, sino al aspecto subjetivo de la situación en que quede la víctima, a diferencia de lo establecido en el anterior artículo del anterior CP de 1973, que destacaba sólo datos objetivos en la apropiación.

4. Dicho lo anterior, las penas impuestas por separado por la Audiencia son incorrectas. Veamos: si admitimos el juego de la agravante específica del artículo 250.1.6.º, con la continuidad delictiva del artículo 74, y en ambos supuestos coordinamos el cálculo con lo indicado en el artículo 77, pues de un concurso ideal se trata, podremos deducir los siguientes razonamientos punitivos ordenadamente:

En primer lugar, tenemos la agravante específica que nos permite aplicar pena de entre uno a seis años (tomamos como referencia cualquiera de las partidas dinerarias indicadas de especial relevancia). Como es compatible esta agravante con la continuidad delictiva, ahora procedemos a tomar como referencia la partida total defraudada, en el conjunto de disposiciones fraudulentas de Luis (léase el caso). Tengamos, asimismo, presente el criterio de la jurisprudencia de que en los delitos patrimoniales (estafas o apropiaciones indebidas) es de aplicación preferente el párrafo 2 del artículo 74, por lo cual se puede recorrer la pena en toda su extensión (de uno a seis años, sin necesidad de acudir a la mitad superior, párr. 1 del art. 74). Como quiera que además de la apropiación indebida hay continuidad delictiva en falsedad, en concurso ideal, ahora tendremos en cuenta el artículo al efecto, es decir, el 77.2. Estamos aquí en la necesidad de determinar si resulta más favorable para el reo penar por separado o penar por el criterio legal del artículo 77, por el delito más grave en su mitad superior. Resulta más perjudicial penar por separado, pues el delito continuado se puede recorrer en toda su extensión, según el perjuicio total causado (desde uno hasta seis años); y además, el delito de falsedad, como quiera que no tiene las limitaciones de los delitos patrimoniales en continuidad delictiva, tiene como referencia legal obligada el artículo 74.1 y una pena que podría alcanzar los tres años. La infracción más grave es la apropiación indebida y, por el juego del artículo 77.2, su mitad superior podría comprender entre tres años y seis meses y seis años; menos que por separado, de entre uno a seis años de la apropiación continuada y hasta los tres de la falsedad continuada. La pena, en definitiva, puede partir de tres años y seis meses hasta seis años con la aplicación del delito más grave (la apropiación) y no por separado, pues resultaría más perjudicial para el reo.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 20.1, 21.1 y 6, 74, 77.2, 250.1.6.º, 390.1 y 392.**
- **Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 746.**
- **SSTS de 1 de octubre y 8 de noviembre de 1990, 10 de noviembre de 1992, 6 de noviembre de 2000, 2 de marzo de 2001 y 19 de junio y 8 de julio de 2002.**