

SENTENCIA 1331/2005 DEL TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL. COBRO DE CHEQUES IRREGULARES. EXISTENCIA DE ENGAÑO FRENTE A LAS ENTIDADES BANCARIAS (PODER JUDICIAL 116 DE NOVIEMBRE DE 2005)

Id. Cendoj: 28079120012005101342
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1417/2004
Nº de Resolución: 1331/2005
Fecha de Resolución: 16/11/2005
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO
Ponente: JOSE MANUEL MAZA MARTIN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Estafa intentada. Cobro de Cheques irregulares. Existencia de engaño bastante frente a las entidades bancarias. Corrección de las penas impuestas por aplicación de la nueva redacción del art. 70.1 2ª C.P.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Noviembre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de Ley y quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por Abelardo contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9ª) que le condenó por un delito de estafa en grado de tentativa, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dicho

recurrente representado por la Procuradora Sra. Lumbreras Manzano.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Cornellá de Llobregat instruyó Diligencias Previas con el número 2096/2001 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 3 de mayo de 2004 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "De lo actuado en el juicio resulta probado, y así expresamente se declara, que a mediados del mes de agosto de 2001, en la oficina de la Caja de Cataluña núm. 0414, sita en la calle Feliú y Codina número 32, de Cornellá de Llobregat (Barcelona), bien Ildefonso, bien Ricardo, ingresaron, en la cuenta de la que figura como titular la mercantil Tot Vivienda S.L., los tres cheques que a continuación se describen: 1º. Número 660.440 del Banco Russell-Stanley, por importe de 88.650 dólares, con un contravalor aproximado en ese momento de 16.000.000 pesetas; 2º. Número 003241, del banco Royal Bank of Scotland, por importe de 811.717 coronas danesas. La citada entidad financiera recibió los cheques en concepto de "gestión de cobro", es decir, para obtener el importe de cada uno desde el banco de origen librado, y luego ingresarlo en la citada cuenta bancaria, de la que podría disponer el citado Ricardo, por cuanto ostentaba en la mercantil citada el cargo de administrador único. Esos tres cheque habían sido entregados a éste, a través del igualmente reseñado Ildefonso, por Abelardo, nacido en Sierra Leona, el día 10.03.1979, presentándose en todo momento a los otros dos bajo el nombre de Andrés, o Eusebio, o Lucas. El motivo que Abelardo esgrimió para hacer entrega de los cheque era su interés en comprar inmuebles, dado que Ricardo y Ildefonso se dedicaban, como intermediarios, al negocio de compra y venta de los mismos. Abelardo tenía

intención de conseguir dinero de esos cheques una vez que fueran cobrados por depósito del numerario en la pluricitada cuenta de Tot Vivienda S.L. En los trámites de la gestión de cobro, empleados de Caja de Cataluña fueron informados de que el cheque del banco Royal Bank of Scotland había sido extraviado dentro de la misma entidad, es decir, no había sido entregado a ningún cliente de esta para que pudiera hacer de librador con él; el cheque del banco Unibank había sido objeto de hurto o robo, hasta el punto de que existía, en el Reino de Dinamarca, una persona condenada por ese hecho; y el cheque del banco Russell-Stanley había sido manipulado. Precisamente este último fue objeto de análisis pericial por la Policía Científica española, concluyéndose que, sobre el cheque original, después de librado lícitamente, se había producido una alteración en el importe de libras esterlinas a cobrar, así en letra como en número, y otra alteración en el importe de libras esterlinas a cobrar, así en letra como en número, y otra alteración en el nombre de la persona que habría de cobrarlo. El referido Abelardo fue en todo momento conocedor de estas alteraciones, así como de la procedencia ilícita de los tres cheques, de manera que siempre supo que él no tenía motivo alguno para poseerlos. Los tres cheques no fueron abonados finalmente, dada la negativa a ello de las entidades financieras de origen."[sic]

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Abelardo, como responsable en concepto de autor de un delito de estafa en grado de tentativa, ya descrito, del que fue acusado por el Ministerio Fiscal, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de un año de prisión, con su accesoria de inhabilitación especial para el sufragio pasivo durante la condena, y multa de seis meses, con cuota diaria de seis

euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso impago, conforme al *art. 53 del Código Penal*, así como al pago de las costas del presente procedimiento."[sic]

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó por Abelardo recurso de casación por infracción de Ley, infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de Forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- Por infracción de precepto constitucional al haberse vulnerado el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia proclamado en el *artículo 24.2 de la Constitución Española*, y con sede procesal en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, toda vez que de la prueba practicada en la Vista Oral no puede concluirse que el Sr. Abelardo conociera las alteraciones existentes en uno de los cheques así como la procedencia ilícita de los tres cheques ingresados en la Caja de Cataluña. Segundo.- Por infracción de Ley del inciso primero del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, por cuanto dados los hechos declarados probados, así como los que por vía de integración con marcada vocación fáctica se consignan en los Fundamentos de Derecho, al haberse aplicado indebidamente los *artículos 248 y 250 del Código Penal*, toda vez que los hechos no son constitutivos del delito de estafa al carecer del elemento típico del "engaño bastante". Tercero.- Por infracción de Ley del inciso primero del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, al haberse vulnerado las reglas de individualización de la pena determinadas en el *artículo 66 del Código Penal* en relación con el

artículo 62 de la Norma Sustantiva que prevé la pena inferior en uno o dos grados para los delitos intentado, y ambos en relación al *artículo 250 del Código Penal*, por lo que la pena a imponer nunca pudo ser de un año de prisión y seis meses de multa, dado que esta pena es la mínima legalmente prevista para el delito consumado.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del mismo y subsidiariamente lo impugna; la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 7 de noviembre de 2005.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente, condenado por el Tribunal de instancia, por un delito intentado de Estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión y seis meses de multa, fundamenta su Recurso de Casación en tres diferentes motivos, el Primero de ellos, al amparo del *artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, por supuesta vulneración de su derecho a la presunción de inocencia e insuficiente motivación (*artículo 24.2 de la Constitución Española*), en concreto respecto del conocimiento por parte de Abelardo de las irregularidades que ofrecían los cheques que presentó al cobro.

En multitud de ocasiones, cuya cita explícita resulta ociosa por su reiteración, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal a propósito del concepto, naturaleza, eficacia y alcance procesal del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el *artículo 24.2 de nuestra Constitución*, que aquí se alega motivando, en su supuesta

vulneración, la impugnación de la Resolución recurrida.

No obstante, de tan copiosa y pormenorizada doctrina acerca de la presunción de inocencia aquí invocada, sí hemos de resaltar: a) que se trata de un derecho fundamental que toda persona ostenta y, en cuya virtud, ha de presumirse inicialmente inocente ante las imputaciones que contra ella se produzcan en el ámbito de un procedimiento de carácter penal o, por extensión, de cualquiera otro tendente a la determinación de una concreta responsabilidad merecedora de cualquier clase de sanción de contenido aflictivo; b) que presenta una naturaleza "reaccional", o pasiva, de modo que no precisa de un comportamiento activo de su titular sino que, antes al contrario, constituye una auténtica e inicial afirmación interina de inculpabilidad, respecto de quien es objeto de acusación; c) pero, por el contrario y así mismo, que tal carácter de interinidad, o de presunción "iuris tantum", es el que posibilita, precisamente, su legal enervación, mediante la aportación, por quien acusa, de material probatorio de cargo, válido y bastante, sometido a la valoración, por parte del Juzgador y desde la inmediación, de la real concurrencia de esos dos requisitos, el de su validez, en la que por supuesto se ha de incluir la licitud en la obtención de la prueba, y el de su suficiencia para producir la necesaria convicción racional acerca de la veracidad de los hechos sobre los que se asienta la pretensión acusatoria; y d) correspondiendo, en definitiva, a este Tribunal, en vía casacional y tutela del derecho de quien ante nosotros acude, la comprobación, tanto de la concurrencia de los referidos requisitos exigibles a la actividad probatoria, como de la corrección de la lógica intrínseca en la motivación sobre la que la Resolución impugnada asienta su convicción fáctica y la consecuente conclusión condenatoria.

Pero todo ello por supuesto sin que, en ningún caso, resulte permisible que nuestra actividad se inmiscuya en la función estrictamente valorativa de la prueba, que corresponde, en principio, a la soberanía del Tribunal "a quo".

A la luz de los anteriores presupuestos, en el presente caso se advierte que la Audiencia sí que dispuso, en realidad, de material probatorio, susceptible de valoración y, en concreto, con relación al hecho mismo que el Recurso discute, es decir y como ya se adelantó, en lo que atañe al conocimiento por parte del recurrente de las irregularidades que ofrecían los cheques presentados al cobro, al tratarse de uno que había sido objeto de previa sustracción, otro registrado como extraviado por la entidad bancaria correspondiente y el tercero manipulado.

Así, se sometieron al análisis de los Juzgadores pruebas válidas, en concreto y especialmente la declaración del propio acusado, las testificales y las documentales de los títulos impagados, que vienen a sostener con toda solidez, desde el punto de vista de la fundamentación probatoria, el hecho de que quien presenta al cobro unos cheques irregulares y no ofrece justificación bastante de su origen y posesión, es pleno conocedor de esas circunstancias que afectaban a los documentos, ya que es precisamente él quien habría de lucrarse con su cobro.

A la vista de lo anterior y puesto que, según lo ya referido, existió en el enjuiciamiento en la instancia prueba de cargo válida y eficaz, con potencialidad para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, este primer motivo en el que pretende basarse el presente Recurso no merece otro destino que el de su desestimación.

SEGUNDO.- Los otros dos motivos, Segundo y Tercero, se refieren ambos,

con cita del *artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, a una supuesta infracción en la aplicación de la norma legal a los hechos objeto de enjuiciamiento, que se relaciona, sucesivamente, con los artículos 248 y 250, que describen el delito de Estafa y su subtipo agravado objeto de condena, y 62 y 66, en relación con el 50, respecto de la pena aplicable, todos ellos del Código Penal.

El cauce común utilizado en sendos motivos, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal.

Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia.

En este sentido, es clara la improcedencia también del Segundo motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria por un delito de Estafa intentado del subtipo agravado por utilización de cheque y por la importante cuantía de la defraudación (art. 250.3ª y 6ª), en especial aquel aspecto al que concretamente se refiere el Recurso y que no es otro que el de la existencia de "engaño bastante", requisito imprescindible para la integración de la Estafa.

El hecho de que las entidades bancarias que debían hacer frente al pago de los cheques advirtieran las irregularidades

de éstos no significa, por supuesto, que el engaño fuera insuficiente, pues, en ese caso, difícil sería encontrar un supuesto de tentativa en el delito de Estafa.

Antes al contrario, lo importante es advertir, como hacen los Jueces "a quibus" con todo acierto, que "Los tres bancos, de no haber detectado el mecanismo defraudatorio, hubieran sido víctimas de un engaño que debe ser tenido por bastante, por cuanto que esta suficiencia no debe hacerse fluctuar tanto sobre la habilidad o la desconfianza de las entidades cuanto por el artificio creado por el delincuente. En el presente caso, el engaño ha de ser tenido por suficiente, y sólo un riguroso control desde las entidades financieras ha hecho ilusoria la lícita finalidad del acusado, quien de por sí se había cuidado de articular un método que hubiera conducido, sin aquel, al cobro de alguna suma, si no toda, la que alcanzaban los tres cheques en junto."

Pues ha de recordarse además, añadimos nosotros, que Abelardo no se limita a presentar al cobro los cheques en las entidades de origen, domiciliadas en países extranjeros, sino que lo hace en España, en una entidad nacional, con el indudable designio de dificultar que las irregularidades de tales documentos fueran detectadas.

Por tales razones, de nuevo estamos ante un motivo que ha de ser desestimado.

Lo que, por el contrario, no sucede con el tercer, y último, motivo, toda vez que aunque no resulten de recibo los argumentos expuestos por el recurrente, en orden a la doble apreciación de la cuantía de la defraudación intentada, ya que la pena se individualiza y aplica en su límite máximo, según dice la propia Sentencia recurrida, con base exclusivamente en la "gravedad" de la conducta y no en concreto por ese importe, o a que nos hallemos ante una

tentativa "inacabada", toda vez que, por el contrario, Abelardo dió cumplida cuenta de todos los actos necesarios para la comisión del ilícito, lo cierto es que las penas impuestas incumplen lo previsto en el inciso segundo de la *regla 2ª del artículo 70.1 del Código Penal*, en la redacción dada por la *Ley Orgánica 15/2003* que, aunque con entrada en vigor con posterioridad a los hechos que aquí nos ocupan, ha de resultar de aplicación retroactiva por su mayor favorabilidad y máxime cuando las dudas que ya suscitaba el texto legal precedente habían sido resueltas por esta Sala, en Sentencias como la de 12 de Marzo de 2004, en la forma siguiente:

"Partiendo de lo afirmado debe tenerse presente la necesidad de bajar la pena cuando menos un grado (véase Sala General no jurisdiccional de 23 de marzo de 1998), ya que en el hecho concurren dos atenuantes (genérica de drogadicción, *art. 21-2 C.P.*., analógica de confesar a las autoridades la infracción, *art. 21-6, en relación al 21-4 C.P.*).

A continuación el Fiscal hace la siguiente consideración: la pena impuesta (3 años) sirve al mismo tiempo como partida del mínimo legal correspondiente al tipo básico y como máximo de la pena inferior en un grado.

La consideración es, en principio, certera si partimos de la imprecisión o dificultades de deslinde y diferenciación que plantea el nuevo Código, frente al derogado, en el que las penas se distinguían por añadirse un día en los límites iniciales del recorrido penométrico.

Nuestro *Código (art. 70)* no precisa hasta esos límites, pero ello tampoco debe impedir que los Tribunales, en su labor hermenéutica, intenten llevar a cabo ciertos distingos. Es un tanto ilógico considerar que 3 años de

prisión puede ser a la vez pena básica y pena rebajada, esto es, hallarse dentro de la extensión penológica de la pena base y la pena inmediatamente inferior en grado. La contradicción podría obviarse, aunque la ley no lo precise, añadiendo o disminuyendo un día partiendo de las magnitudes que el Código establece.

Si el tráfico de drogas que causa grave daño a la salud, no cualificado, se castiga con pena que va de 3 a 9 años, deberemos entender que esas cuantías de pena se hallan incluidas dentro de la pena que se señala. La pena superior debería empezar a partir de 9 años y un día y la pena inferior en la máxima extensión, debía ser de tres años menos un día. Reforzaría este idea interpretativa la ausencia de precisiones en el *art. 70 C.P.* y la amplitud de las penas inferior y superior. Si la pena inferior se forma reduciendo de tres años la mitad (año y medio) y el legislador quiere que el grado inferior tenga una extensión de 1 año y medio, si se computa esta cifra, esto es, se parte de 18 meses, cuantía de pena que se cuenta, al no considerar incluido en ese límite inferior los 3 años, las posibilidades o recorrido penológico sería de 18 meses exactos.

Lo mismo puede decirse de la pena superior; si se computa la magnitud de 13 años y 6 meses, no contando la cuantía de 9 años, sino empezando el cómputo de 9 años y 1 día, la pena tendría una extensión total de 4 años y 6 meses, que es lo pretendido por el legislador."

La norma referida literalmente dispone que "El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer".

Por lo que si la sanción prevista para el delito consumado es la de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce

meses (*art. 250 CP*), por mucho que esté plenamente justificada la decisión del Tribunal "a quo" en cuanto a la procedencia de la aplicación de las penas en su máximo límite legal, éstas no pueden rebasar las de un año menos un día de prisión y seis meses menos un día de multa.

Razones por las que ha de acordarse la estimación parcial del motivo y del Recurso y proceder, en consecuencia, al dictado de la Segunda Sentencia que recoja las consecuencias punitivas de esta parcial estimación.

TERCERO.- Dada la conclusión parcialmente estimatoria del Recurso, deben ser declaradas de oficio las costas por él ocasionadas, de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* .

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación parcial del Recurso de Casación interpuesto por la Representación de Abelardo contra la Sentencia dictada contra él por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha de 3 de Mayo de 2004 , por delito intentado de Estafa, que casamos y anulamos parcialmente, debiéndose dictar, en consecuencia, la correspondiente segunda Sentencia.

Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el presente Recurso.

Póngase en conocimiento del Tribunal de origen, a los efectos legales oportunos, la presente Resolución y la que seguidamente se dictará, con devolución de la Causa que, en su día, nos fue remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Siro Francisco García Pérez D. Julián Sánchez Melgar D. José Manuel Maza Martín

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Noviembre de dos mil cinco.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 4 de Cornellá de Llobregat con el número 2096/2001 y seguida ante la Audiencia Provincial de Barcelona por delito de Estafa, contra Abelardo, nacido el 10.03.1979, en Sierra Leona, hijo de Abubacal y de Aumou, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 3 de mayo de 2004 , que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, hace constar los siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de Hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Segundo de los de la Resolución que precede, resulta de aplicación, en el presente supuesto, la nueva redacción establecida a partir de la *Ley Orgánica 15/2003* que,

coincidente con algunos pronunciamientos de esta misma Sala, expresamente determina que "El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer".

Razones por las que la pena a imponer por el delito de Estafa, en grado de tentativa, una vez llevada a cabo la rebaja en un grado de la prevista por la Ley para el delito consumado, que en este caso sería la de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses que establece el *artículo 250 del Código Penal* , no es otra que la de un año menos un día de prisión y seis meses menos un día de multa, con la cuota diaria de seis euros, ya fijada en su día por la Audiencia y que se considera totalmente adecuada, con base en los argumentos allí expuestos y de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 50.5 del Código* .

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso,

III. FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Abelardo, como autor de un delito de Estafa intentado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 año menos un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de seis meses menos un día, con cuota diaria de seis euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día de arresto por cada dos cuotas impagadas, manteniendo el pronunciamiento de la Resolución de instancia relativo a la imposición de las costas del procedimiento.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa

lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Siro Francisco García Pérez D. Julián Sánchez Melgar D. José Manuel Maza Martín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.