



AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1 PALENCIA

SENTENCIA: 00010/2020

-

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO. PZA. DE LOS JUZGADOS 1 1ª PLANTA
Teléfono: 979.167.701
Correo electrónico: audiencia.s1.palencia@justicia.es

Equipo/usuario: PEN
Modelo: N85850

N.I.G.: 34120 41 2 2013 0003908

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000012 /2019

Delito: ESTAFA (TODOS LOS SUPUESTOS)

Denunciante/querellante: MINISTERIO FISCAL, S. S. P., ENERPAL S.A.

Procurador/a: D/Dª , MARIA BELEN VIAN HOYOS , MARIA BELEN VIAN HOYOS

Abogado/a: D/Dª , JUAN MANUEL HOYOS PAYO , JUAN MANUEL HOYOS PAYO

Contra:

Procurador/a: D/Dª MARIA BEGOÑA VALLEJO SECO

Abogado/a: D/Dª FRANCISCO JESUS GÓMEZ LLORENTE

Este Tribunal compuesto por los Sres. Magistrados que se indican al margen,
ha pronunciado

EN NOMBRE DE S. M. EL REY

La siguiente:

SENTENCIA N° 10/2020

SEÑORES DEL TRIBUNAL:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ ALBERTO MADERUELO GARCÍA

MAGISTRADOS:

D. IGNACIO SEGOVIANO ASTABURUAGA

D. JUAN MIGUEL CARRERAS MARAÑA

En la ciudad de Palencia, a diecinueve de mayo de dos mil veinte.

Visto ante esta Audiencia Provincial, el Procedimiento Abreviado nº 12/2019 (antes Diligencias Previas número 610/2013), procedente del Juzgado de Instrucción número 3 de Palencia, seguido por un delito de falsedad en documento mercantil y un delito de estafa procesal interviniendo, como acusación particular, D. s.

s. P. y ENERPAL, S.A., asistidos del letrado D. Juan Manuel Hoyos Payo y representados por la Procuradora Doña Belén Vían Hoyos y el Ministerio Fiscal y , como acusado, Don F. O. A. , nacido en Zaragoza el 1964, hijo de y de , con DNI , domiciliado en la Avda. de Zaragoza, no habiendo sufrido prisión por esta causa, representado por el Procurador Doña Begoña Vallejo Seco y bajo la dirección del letrado Sr. Gómez Llorente.

Siendo Ponente el Ilmo. Magistrado Don Juan Miguel Carreras Maraña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17 de mayo de 2013 se iniciaron las presentes diligencias en virtud de querrela interpuesta por D. s. s. P. en su propio nombre y en representación de la mercantil ENERPAL, S.A. con CIF A-34169144, por un delito de falsedad en documento mercantil y un delito de estafa procesal, practicándose cuantas actuaciones instructoras se consideraron necesarias, incoándose el presente procedimiento, dando traslado al Ministerio Fiscal y la acusación particular a fin de que solicitase la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló acusación por un **delito de estafa procesal**, en grado de tentativa, de los artículos 250.1, 7º, 16 y 62 del Código Penal (redacción LO nº 5/2010), en concurso medial del artículo 77 del Código Penal solicitando la pena de nueve meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y seis meses de multa , con una cuota de 10 euros; y por un **delito de falsedad en documento mercantil**, de los artículos 390.1, 2º y 392.1 del Código Penal, solicitando la pena de dieciocho meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y seis meses de multa.

Por la Acusación particular, se formuló análoga calificación si bien interesando, por el delito de falsedad en documento mercantil, la pena de 21 meses de prisión y multa de 9 meses con una cuota diaria de 10 euros y, por el delito de estafa procesal en grado de tentativa, la pena de prisión de 12 meses y multa de 6 meses con una cuota diaria de 10 euros.

TERCERO.- Por la defensa del acusado, en idéntico trámite, se interesó la libre absolución por estimar no constitutivos de delito los hechos de autos.

CUARTO.- Concluida la tramitación en el Juzgado de Instrucción, se remitió la causa a esta Audiencia Provincial para su enjuiciamiento, en el que se resolvió sobre las pruebas propuestas por las partes, señalando y celebrando el correspondiente juicio oral en dos sesiones: 24 de febrero de 2020 y 12 de marzo de 2020. Seguidamente se practicó la prueba propuesta y no renunciada de la acusación particular, Ministerio Fiscal y de la defensa, tras la cual ambas partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, quedando el juicio visto para sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se declara probado que, en fechas sin concretar, pero en torno a los primeros meses del año 2012, el acusado F. O. A. como administrador único de la mercantil “Grupo de Prensa Empresarios, S.L.”, mantuvo conversaciones con Don s. S. P. como administrador de la mercantil ENERPAL, S.A., con sede social en Palencia, a fin de lograr que éste hiciese una entrevista para su publicación “Empresarios”. Así las cosas, la citada entrevista se llevó a cabo y resultó publicada en la revista del mes de julio-agosto de 2012.

Asimismo, como consecuencia de un documento denominado contrato y fechado el día 23 de mayo de 2012, el día 20 de julio de 2012 se giró una factura por importe de 1.770 euros (IVA incluido). El 9 de abril de 2013, con tales documentos, el acusado como representante legal de “Grupo de Prensa Empresarios, S.L.”, presentó demanda de reclamación de cantidad contra Enerpal, S.A., por importe de 1.913,22 euros, la que dio lugar al procedimiento Monitorio nº 159/2013 del Juzgado Mixto nº 5 de Palencia.

El acusado es mayor de edad y ha sido condenado ejecutoriamente por sentencia firmes el 20/11/2014 y el 29/09/2016, por sendos delitos de estafa y falsedad documental.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Considerando que la calificación de la acusaciones deriva de la imputación de un delito de estafa procesal en grado de tentativa del art art 250-1-1 CP, la inicial cuestión que se plantea es la de determinar si en la estafa procesal son admisibles las formas intentadas o incompletas del delito.

Sobre esta cuestión, la reciente **STS de 01/10/2019** N° de Recurso: 891/2018 N° de Resolución: 431/2019 dice. "**TERCERO.-** 2.- *Al amparo del art. 849.1 en la LECRIM , por infracción de ley, por aplicación indebida de los artículos 248 y 250.1.7° del Código Penal. Señala el recurrente que "no se ha provocado error en el Juez o Tribunal llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero, que, por ello, no existe ninguna resolución judicial con el contenido específico de ser injusta y además comportar un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En resumen, apunta el recurrente, "que debido a la redacción del artículo 250.1.7° del Código Penal por la específica necesidad de engañar a un Juez o Tribunal no caben a juico de esta parte formas imperfectas para la comisión del delito de estafa procesal ya que el Juez o Tribunal, sujeto pasivo del engaño, precisa dictar una resolución injusta y que además implique o tenga la posibilidad de implicar <para el caso de no ser firme> un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra, y si esa circunstancia, como sucede en el caso de autos no existe, no hay delito de estafa procesal". Gira, en consecuencia, el motivo sobre la viabilidad, o no, de admitir la forma imperfecta de ejecución en el delito de estafa procesal, y en este caso el cometido por el demandado de presentar documento falso en juicio para conseguir la desestimación de la demanda, y causar, con ello, un perjuicio económico evidente en el actor, cual es la desestimación de la pretensión.*

Sobre esta idea de la admisibilidad de las formas imperfectas de ejecución se ha pronunciado esta Sala señalando que:

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 813/2012 de 17 Oct. 2012, Rec. 2076/2011. *"El acusado realizó todos los actos necesarios que integran el desvalor de la acción del tipo penal de la estafa procesal, cumplimentándose así los requisitos de la tentativa acabada. Y tampoco se suscitan dudas de que se trata de una tentativa idónea, ya que la acción era objetivamente adecuada ex ante para obtener una sentencia favorable". En este caso, concurre la "idoneidad" para conseguir el fin previsto, cual era la desestimación de la demanda con la aportación de un documento falso, como así ha sido reconocido, y, con ello, tratar de engañar al juez para que desestimara la demanda. En este caso, al concurrir todos los elementos proclives a conseguir el dictado de la resolución judicial, que de haberse dictado conllevaría la comisión de la estafa procesal consumada debe entenderse que se deja en el grado de tentativa de estafa procesal, ante la idoneidad del medio falsario empleado como documental para conseguir el fin que perseguía el demandado.*

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1100/2011 de 27 Oct. 2011, Rec. 3/2011 . *"La tentativa requiere los siguientes elementos:*

1.- La existencia de una decisión de cometer el delito. *Esto es, el dolo dirigido a la realización del supuesto de hecho típico. El tipo subjetivo del delito intentado es idéntico que el tipo subjetivo del delito consumado, es decir, tiene que abarcar la totalidad de los elementos objetivos del tipo, incluidas las cualificaciones de los tipos cualificados y en su caso, los especiales elementos de la autoría.*

2.- Resulta necesaria la transformación de la decisión en una acción que no solo sea preparatoria sino que constituya un comienzo de la ejecución propia del delito. *Conforme al art. 16 CP hay tentativa cuando el sujeto "da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores", esto es, la tentativa requiere el comienzo de la ejecución y solo a partir de ese momento habrá una lesión de la norma penal, pues con anterioridad solo estaremos ante actos preparatorios del delito no punibles en general. En la dogmática se presenta problemática la delimitación de la tentativa y la preparación, esto es, trazar la*

frontera entre el ámbito de lo punible y lo no punible, admitiéndose que una delimitación cierta posiblemente no sea segura.

Así hay autores que consideran la línea limítrofe o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad concretamente en la zona del tipo por ellas afectada de tal manera que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados como de ejecución, mientras aquellos otros que mantienen su actividad en la zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar y facilitar ésta, vienen siendo calificados como preparatorios de tal suerte. Criterio éste que recibe el nombre de teoría forma objetiva. En la actualidad se sigue ampliamente la teoría individual objetiva. Toma como punto de partida la necesidad de combinar criterios objetivos (tanto formales -tipo- como materiales -proximidad del tipo-) y subjetivos o individuales (la representación del autor). No puede prescindirse de las representaciones del autor, pues en aquellos casos en que se trata de comportamientos exteriormente equívocos, solo la determinación final del autor podrá revelar si estamos ante el comienzo de ejecución de un hecho punible. Pero no basta con las representaciones del autor, pues la Ley requiere la inmediatez de la acción ejecutiva respecto de la consumación. Así, algún autor entiende que la exigencia de dar principio directamente a la realización del tipo significa que las acciones de la tentativa, son sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo. Es decir, lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor, que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho sin necesidad de pasos intermedios esenciales.

3.- La tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero, además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta

peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados "objetivamente deberán producir el resultado". Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP. 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo (SSTS. 1000/99 y 1243/2002), esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("ut, quod prelumque accidit"), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado. Por ello, no es necesario un peligro concreto, esto es, que el bien jurídico contacte efectivamente con la acción peligrosa.

4.- La no concurrencia de alguno de los elementos del tipo objetivo, que impide la consumación del hecho, debe deberse a causas distintas de la voluntad del autor, pues de acuerdo con lo prevenido en el art. 16 , "quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado, quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta". La esencia del desistimiento es, pues, la evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un actus contrarius del autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico. La tentativa supone que falta alguno (cualquiera) de

los elementos objetivos del tipo y no solo el resultado. Así, hay tentativa, tanto cuando falten en el autor las condiciones especiales requeridas por el tipo como cuando el resultado no es imputable a la acción, aunque fuese pretendido por el sujeto. Por tanto no es atendible la teoría de la falta de tipo que reduce conceptualmente la tentativa a la ausencia de resultado, considerando que cuando falta cualquier otro elemento del tipo objetivo estamos ante un hecho atípico.

Consideraciones sobre el delito de estafa procesal. Efectuada esta precisión previa en relación a la estafa procesal recordaba esta Sala en las STS 72/2010 de 9-2 que la llamada estafa procesal se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el órgano judicial a quién a través de una maniobra procesal idónea, se la induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia, en contra de parte de la doctrina, ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio)".

En sentido similar la STS nº 603/2008 ; y la STS nº 7202008. De todos modos, deberán quedar excluidos de la estafa los casos en los que el acto de disposición no venga motivado por el engaño. Por otra parte, la existencia de la estafa procesal como figura agravada no supone la posibilidad de prescindir de los requisitos generales de la estafa, entre ellos la concurrencia de un engaño que pueda calificarse como bastante. Se decía en la STS nº 572/2007 que "En el delito de estafa procesal, como en la estafa genérica, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos y conceptualmente no se diferencia del engaño del tipo básico".

En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluya un acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induzca a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición. El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado. Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial (STS 670/2006, de 21-6 , 758/2006, de 4-7; 754/2007, de 2-10 ; 603/2008, de 10.10 ; 1019/2009 de 28-10 ; 35/2010, de 4-2), la estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos a la otra parte o de tercero acusados del acto de disposición. La estafa procesal requiere estructuralmente, como modalidad agravada, todos los requisitos exigidos en la previsión de la estafa básica u ordinaria recogida en el art. 248.1 es decir, el engaño, el error debido al engaño, el acto de disposición -en este caso resolución judicial- motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro -siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento de injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa la cooperación culpable de lucro ajeno, pues no es preciso con lucro propio, ya que basta que sea para beneficiar a un tercero (STS 5629/2002 de 20-2 ; 297/2022, de 20-2; 577/2002, de 8-3 ; 238/2003, de 12-2 ; 348/2003 de 12-3); y la relación de imputación que cabe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación del pleito o empleo de otro fraude procesal.

Con base a esta doctrina jurisprudencial se puede definir la estafa procesal como aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el Juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En ese sentido el actual art. 250.1.2º, modificado por LO 5/2010, de 22-6 considera que "incurren en estafa procesal, los

que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, **manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal** y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero". El fundamento de este subtipo agravado no es otro que el hecho de que en esta modalidad de estafa no solo se daña el patrimonio privado, sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, razón por la cual parte de la doctrina entiende que se trata de un delito pluriofensivo, siendo ésta la razón que justifica su agravación penológica respecto del tipo básico de la estafa como se afirma en STS de 9-5-2003 , la estafa procesal constituye una modalidad agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria.

Además, en esa conexión de la estafa procesal con la estafa básica en los actos procesales de un demandado en un procedimiento judicial no podemos olvidar que la naturaleza de la estafa o fraude se enraiza en la privación del derecho de crédito que se impondría al demandante en un procedimiento si se admitiera que el demandado pudiera aportar documentos inexactos para producir engaño en el juez, aunque finalmente no lo consiga, ya que de consumarse el engaño habría un delito consumado, y, con ello, habría privado al actor de su derecho de crédito. Nótese, también, que cuando el art. 250.1.7º señala que el delito de "estafa" será castigado... cuando:... y se remite al nº 7 para destacar la "estafa procesal", viene a definirla con una grado relevante de autonomía y poniendo el énfasis en sus elementos básicos, que aunque no desconectado absolutamente de la estafa básica del art. 248 CP , sí que les dota de autonomía, reconociéndose ese **desplazamiento patrimonial que sería inherente a la privación del derecho de crédito que se produciría si se produjera por el demandado la presentación de documentos falsos a un procedimiento judicial, ya que ello integraría la estafa procesal, con perfecto encaje en el cumplimiento de los requisitos de la estafa básica y los propios de la estafa procesal por la inherente privación del crédito del actor cuando se**

intenta engañar al juez de que su reclamación es infundada y se postula el rechazo de la pretensión del actor con la "manipulación de pruebas en que pretenda fundas sus alegaciones" el demandado.

La consumación en la estafa procesal Y en relación a la **consumación**, decimos en STS 172/2005 que, si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando ésta ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado. Por ello, lo que verdaderamente consume el tipo delictivo en la estafa procesal es la **producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución y así puede hablarse de tentativa cuando el engaño es descubierto y el Juez se apercibe del mismo pese a poder ser idóneo**. En definitiva, el tipo se consume cuando recae una decisión sobre el fondo de la cuestión planteada y en los demás casos, puede producirse en grado de perfección imperfecta". Nos encontramos en este caso, pues, con:

- 1.- La construcción de la idea del engaño del juez.
- 2.- La prueba de esa intención de engañar al juez.
- 3.- La aportación del documento falso para conseguir ese engaño y que queda probada con la pericial.
- 4.- La detección de ese engaño. Recordemos que es hecho probado que: "En vista a la afirmación de falsedad del citado documento, el Juzgado de Primera Instancia n° 68 de Madrid dictó Auto de 24 de febrero de 2014 acordando estimar la cuestión de prejudicialidad penal planteada, suspendiendo la tramitación del procedimiento civil hasta la finalización del correspondiente procedimiento penal por resolución firme".
- 5.- La posibilidad de la tentativa en el delito de estafa procesal si no se llega a dictar la resolución judicial, pero concurre la **idoneidad** del elemento o medio utilizado para el pretendido fin desplegado por el autor de la falsedad y la estafa procesal aunque

en grado de tentativa por no haber llegado al grado de consumación, pero ser viable el medio empleado para ello.

6.- Se habla, pues, en los casos de tentativa de la admisibilidad punitiva ex art. 250.1.7º CP del intento de engañar al juez.

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 381/2013 de 10 Abr. 2013, Rec. 1314/2012 . "El legislador de 2010 se ha valido de un fino pincel para detallar los perfiles del subtipo, queriendo guardar fidelidad a la conformación doctrinal del delito de "estafa procesal". La agravación por "fraude procesal" se ve sustituida, ya con un nomen propio, por "la estafa procesal" que aparece en el reformado art. 250.1.7º. Incurren en estafa procesal -se precisa- "los que en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipularen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal llevándole a dictar una resolución que perjudique a los intereses económicos de otra parte o de un tercero". Se han incrementado las exigencias típicas que solo quedan colmadas cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de la resolución judicial fruto de ese engaño. **Si el propósito queda abortado, estaremos ante el subtipo, pero en grado de tentativa.** Cuando el subtipo en grado de tentativa confluye con la estafa consumada (por haberse obtenido el acto de disposición patrimonial sin llegar a una decisión judicial), habrá que estar al principio de alternatividad (art. 8.4 CP). Normalmente prevalecerá la estafa ordinaria en grado de consumación con una penalidad superior (prisión de seis meses a tres años), al subtipo agravado en grado de tentativa (prisión de seis meses a un año menos un día, más multa). Las dos tipificaciones gozan de igual nivel de especialidad. No es aplicable tal criterio - lex specialis derogat generalis- que con carácter preferente establece el art. 8 CP .

La calificación como estafa procesal en grado de tentativa contempla el buscado mecanismo de provocar error en el órgano judicial, pero no valora que el perjuicio patrimonial se ha obtenido realmente. La calificación como estafa ordinaria consumada toma en consideración este relevante dato, pero no refleja de ninguna forma el plus de gravedad que significa haber intentado instrumentalizar al

juez para la defraudación. Hay un núcleo común que contemplarían ambas calificaciones. Pero al mismo tiempo cada una de ellas introduciría un elemento adicional no abarcado por la otra. En esas condiciones las reglas del concurso de leyes nos llevan al principio de alternatividad (art. 8.4 CP)". Se reconoce abiertamente la tentativa en la estafa procesal, pero, incluso, existiendo como consumada si se consigue el acto de disposición patrimonial aun sin dictarse la resolución judicial.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 888/2016 de 24 Nov. 2016, Rec. 461/2016 . "La posterior reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, modificó la descripción del subtipo (que pasó al nº 7 del mismo apartado 1 del art. 250), estableciendo que la agravación se determina por cometer "estafa procesal" y que "incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero". En la interpretación del nuevo precepto, esta Sala ha destacado que la modificación normativa es de mayor alcance del que pudiera intuirse de una primera aproximación, materializándose en dos aspectos esenciales: de un lado, la **renuncia a una de las exigencias propias de la estafa básica, cual es que exista un acto de disposición con efectivo desplazamiento patrimonial, posibilitándose con claridad que el delito pueda ser perpetrado por quien ostenta la posición de demandado en el proceso judicial en el que se debate el derecho cuando evite torticeramente ser condenado; de otro lado, que las exigencias típicas solo quedan colmadas cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de una resolución judicial nacida del engaño, lo que no solo excluye la agravación en la estafa procesal impropia, sino que **conduce a la tentativa en todos aquellos supuestos en los que se despliegue un engaño bastante que no llegue a generar error en la autoridad judicial o en los que, pese a generarlo, la resolución judicial dictada no sea injusta** (SSTS 381/2013, de 10 de abril , 5/2015, de 26 de enero ; 232/2016, de 17 de marzo)".**

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 252/2018 de 24 May. 2018, Rec. 1574/2017. "La tentativa está en la no consecución del error en la autoridad judicial porque ésta se aperciba del engaño bastante o porque, aun dándose el error, la resolución judicial dictada no es injusta".

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 603/2008 de 10 Oct. 2008, Rec. 2424/2007 . "La estafa procesal consiste en la utilización de un procedimiento judicial para obtener un beneficio ilícito, el reconocimiento judicial de un derecho que no se tiene para cuyo reconocimiento se utiliza una maniobra engañosa de naturaleza procesal.

No puede sostenerse que el recibo cuestionado en cuanto simulaba una relación contractual y la existencia de un nuevo contrato de arrendamiento para así conseguir una resolución judicial que paralizase la ejecución induciendo a error al órgano judicial, resulte intrascendente en el ámbito jurídico en cuanto suponía en definitiva, el aprovechar un proceso judicial para obtener un beneficio ilícito cual es el reconocimiento de un derecho arrendaticio que no se tenía, para cuyo reconocimiento se utiliza esa maniobra engañosa de naturaleza procesal, con el correlativo perjuicio para los derechos del propietario de la vivienda, concurriendo por ello, los requisitos de la estafa procesal en grado de tentativa". En este caso se trató de la aportación por el demandado de un recibo falso de alquiler en el juzgado para simular la existencia y eficacia de un arrendamiento que había quedado resuelto. Resulta evidente el intento de engaño al juez para dictar una desestimación de la pretensión de lanzamiento y un evidente perjuicio económico al actor que con esta argucia se le impediría la tutela judicial efectiva que reclama y que no obtendría por la aportación de documento falso al juicio, como aquí ocurre. La conducta del demandado al oponerse a la pretensión del actor en un procedimiento civil aportando documentos falsos para conseguir la desestimación de la demanda entra de lleno en la tipicidad del art. 250.1.7º CP , como aquí se consideró, porque existe intento idóneo de engañar al juez y un evidente perjuicio patrimonial al actor, por cuanto vería desestimada su demanda y, con ello, una pretensión de contenido económico o un evidente perjuicio patrimonial al no poder ver resuelta favorablemente su

reclamación por el empleo y uso por el demandado de elementos falsarios aportados en un procedimiento judicial, y conseguir, o intentarlo, engañar al juez con esta aportación de documentos falsos.

Hay que señalar que, como señala la mejor doctrina, el delito de estafa procesal es un delito especial propio. Solo puede cometerlo la parte incurso en un procedimiento judicial de cualquier clase, siendo más habitual que tenga lugar en el orden civil o en el laboral, donde la figura del juez es menos activa. Y que la doctrina que postulaba que solo podría ser autor el demandante debe remitirse a los hechos anteriores a la reforma del año 2010, por cuanto nada permite, desde el Derecho, considerar que solo el demandante en un procedimiento judicial puede verse perjudicado por una resolución judicial injusta. También, porque no se puede confundir el acto de disposición del tipo básico con el perjuicio patrimonial del específico, dislocando la extrapolación de los elementos típicos. En consecuencia, tanto demandante como demandado son autores potenciales del delito. Del art. 250.1.7º CP nada se desprende que pueda excluir al demandado como sujeto activo de este delito.

Hay que recordar que el tipo penal actualmente en vigor castiga como autor de estafa a los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero. No se trata ya de un mero fraude procesal relacionado con la estafa exigiendo un desplazamiento patrimonial, que no opera si el demandado se limita a aportar documentos falsos para desestimar la demanda, pero la nueva conformación de la estafa se configura como una estafa al juez, un engaño al juez. Y ello lo pueden llevar a cabo ambas partes con la aportación de documentos falsos como aquí ocurrió. Y en este caso en grado de tentativa. Con ello, es importante destacar que cabría la tentativa:

- 1.- Cuando se despliegue un engaño bastante que no llegue a generar error en la autoridad judicial o*
- 2.- En los que, pese a generarlo, la resolución judicial dictada no sea injusta.*

3.- O incluso en los que no llega a dictarse.

El motivo se desestima.”

SEGUNDO.- Sentada la admisibilidad de la tentativa en la estafa procesal, y más en casos como el presente en el que el documento litigioso (factura) se presenta como documento básico para el inicio de un proceso (Juicio Monitorio 159/2013), el juicio se inicia por la admisión a trámite de la demanda, y solo se suspende por la acción penal del demandado en la causa civil y cuestión prejudicial, debe de analizarse la cuestión principal objeto de debate en la vista de Juicio oral, sobre si en el documento de fecha 23-05-2102, referente a contrato de publicidad, la firma del denunciante fue falsificada por el denunciado.

Analizada con detenimiento la prueba practicada la Sala obtiene la convicción de que debe de aplicarse el principio “**in dubio pro reo**” que, como es sabido, difiere del principio de presunción de inocencia. La jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y marca la diferencia entre ambos principios. (Por todas, STS 277/2013 de 13 de febrero, STS 936/2006 de 10 de octubre, STS 346/2009 de 2 de abril). La Sentencia del Tribunal Supremo 1218/2004 de 2 de noviembre hace una clara distinción de las fases perfectamente diferenciables que tienen lugar dentro del proceso de análisis de las diligencias probatorias:

1º Una primera de carácter objetivo que podría calificarse de constatación de existencia o no de verdaderas pruebas, fase en la que a su vez habría que diferenciar dos operaciones distintas:

- a) *precisar si en la realización de las diligencias probatorias se han adoptado y observado las garantías procesales básicas.*
- b) *precisar si, además, tales diligencias probatorias suponen o aportan objetivamente elementos inculpativos o de cargo.*

2º Una segunda fase de carácter predominante subjetiva, para la que habría que reservar “*strictu sensu*”, la denominación usual de “*valoración del resultado o contenido integral de la prueba*”, ponderando en conciencia los diversos elementos probatorios, en base a los cuales se forma libremente la conciencia del Tribunal.

En la primera fase operaría la presunción de inocencia y en la segunda el principio in dubio pro reo. Y ello es así porque la presunción de inocencia se desenvuelve en el marco de la carga probatoria, en tanto en cuanto en virtud de ésta se debe determinar que existe prueba de cargo obtenida con arreglo a las garantías procesales y que ésta tiene contenido incriminador suficiente.

Una vez superada esta fase y concretado si existe prueba o no, entrará en juego el principio in dubio pro reo que presupone la previa existencia de pruebas y se desenvuelve en el campo de la estricta valoración de las pruebas; el Tribunal debe valorar las pruebas y la eficacia demostrativa de las mismas, siendo que si el Juez o Tribunal no consigue una convicción sobre la verdad de los hechos, deberá aplicar el principio in dubio pro reo y absolver al acusado.

Como tiene dicho el Tribunal Supremo(por todas, STS 549/2018 de 13 de noviembre): *“a pesar de las relaciones entre el principio de presunción de inocencia alegado y el principio “in dubio pro reo”, puestas de relieve de forma reiterada por el Tribunal Constitucional desde las Sentencias 31/1981, de 28 de julio, y 13/1982, de 1 de abril), y aunque uno y otro sean manifestación de un genérico “favor rei”, existe una diferencia sustancial entre ambos: el principio “in dubio pro reo” sólo entra en juego cuando existe una duda racional sobre la real concurrencia de los elementos del tipo penal, aunque se haya practicado una prueba válida con cumplimiento de las correspondientes garantías procesales”.*

La presunción de inocencia supondría la exigencia ineludible de concurrencia de prueba de cargo lícita y válida suficiente para dotar de certeza a la tesis acusatoria. Por su parte, el principio *“in dubio pro reo”* actuaría en un momento posterior del estadio de la valoración probatoria, una vez superado por la acusación el umbral de la presunción de inocencia del acusado. De alguna forma, la presunción de inocencia haría referencia a la existencia de prueba de cargo *objetivamente* convincente, mientras que el adagio *“in dubio pro reo”* se aplicaría a aquellos casos en los que el tribunal, a pesar de existir esa prueba de cargo objetivamente suficiente para fundar una condena desde la perspectiva de la presunción de inocencia, albergara alguna duda *subjetiva* sobre la culpabilidad del

acusado. En esos casos, se entiende por nuestra jurisprudencia que, si el tribunal mantiene sus dudas y su “falta de convicción”, debe, en todo caso, absolver al acusado.

En nuestro caso, se ha practicado prueba de cargo en el plenario, lo que ocurre es que no se considera bastante para objetivamente fundar una condena penal, ni para despejar las dudas de convicción del Tribunal; y ello por las siguientes razones (art. 741 LECrM y art. 218 LEC):

1º.- Prueba pericial. La prueba pericial no es conducente a la desvirtuación de la presunción de inocencia del acusado. Así, tanto en la redacción del informe pericial, como en la ratificación en el juicio oral por sus autores, la conclusión es siempre la misma, en el sentido de que la firma analizada es muy simple y sencilla con falta de riqueza gráfica y que entre la “indubitada” y la “dubitada” existen algunas analogías, pero también diferencias; por lo que los peritos no pueden concluir con que haya falsificación y así reiteran: “*No estamos seguros*”. Por ello en el informe unido a la causa se dice: “*En definitiva, al hacer una valoración de las analogías y diferencias halladas, se considera que con ser cualitativamente importantes las primeras, no son técnicamente suficientes para llegar a una conclusión categórica en uno u otro sentido, con las suficientes garantías de seguridad y certeza*”. Y se concluye : “*No resulta técnicamente posible, por los motivos expuestos en el cuerpo del informe, determinar la autenticidad o falsedad de la firma objeto de estudio*”.

2º.- Prueba testifical. Mantienen las partes versiones muy divergentes y contradictorias. Así, el denunciante insiste en que no se habló de precio, ni de la entrevista, ni de la publicación, ni se fija precio alguno en los correos previos para concertar la entrevista y que, por lo tanto, entendió que era una publicación gratuita, pues considera que “entrevista” y “publicación” eran lo mismo y que no incluían precio alguno.

Por el contrario, el acusado reitera que una cosa es la “entrevista” y otra la “publicación” y que la publicación y la publicidad tienen un coste económico, pues

implica un trabajo y unas fotografías y que nadie puede entender que una publicación es gratuita; máxime, cuando la entrevista se publica y cumple con su función divulgativa de la empresa correspondiente. Por su parte, la secretaria de la empresa de actor no ha declarado y la secretaria de la empresa del demandado (P C), dice que la “entrevista” era gratuita y que no tenía coste y que ella hacía solo la cita y que no tenía que ver con la “publicidad”, con lo que se disocia la entrevista en sí misma y su publicación y publicidad.

3º.- Modus operandi. Es cierto que el acusado ha sido condenado en alguna ocasión por una forma de actuar semejante (entrevista y posterior publicación y emisión de factura) a la que aquí se enjuicia; pero con una diferencia esencial y es que en el informe pericial de casos precedentes se había acreditado una falsificación de firma. Ahora bien, ello no implica que en este caso que nos ocupa concurriera también una falsificación documental, como medio para aportar un documento a un proceso, ni que pueda extenderse un modo de actuar previo a casos posteriores; pues, eso supondría una vulneración radical del principio de Presunción de inocencia (art. 24 CE).

Por último, en cuanto al “modus operandi” previo, es cierto que se hacía la entrevista y luego se publicaba y que se pasaba una factura sin previo presupuesto o indicación del precio, y así lo indica el testimonio de varios testigos gerentes de empresas citadas en la causa (CONGENIA CYL, S.L.; LUXINTEC, S,L. o CADIELSA, SLU) que habían sido objeto de entrevista y publicación. No obstante, el mero criterio de la semejanza en el actuar no implica que en este caso concreto se haya falsificado una firma o se haya cometido un delito de estafa y que la actuación del acusado deba de ser objeto de sanción penal y no deba de resolverse en el contexto del proceso civil con aplicación de los criterios civiles de la carga de la prueba del art 217 LECV. Por ello, procede la aplicación en este proceso penal del referido principio de “in dubio pro reo”.

CUARTO.- Procediendo la absolución del acusado en la presente causa, se impone declarar de oficio las costas procesales causadas, (art. 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a F. O. A. ,
de un **delito de estafa procesal**, en grado de tentativa y de un **delito de falsedad en documento mercantil**, de los que venía acusado. Se declaran de oficio las costas procesales.

Una vez firme esta resolución déjense sin efecto cuantas medidas cautelares, personales y reales, se hubieran adoptado en esta causa.

La presente resolución no es firme y contra la misma, cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a su notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 y siguientes de la L.E. Criminal.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de Sala y se anotará en los Registros correspondientes lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública, en el día de su fecha, de todo lo cual yo el Secretario, certifico.-