

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ063169

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 107/2018, de 5 de marzo de 2018

Sala de lo Penal

Rec. n.º 10379/2017

SUMARIO:**Malversación de caudales públicos. Delito continuado de falsedad en documento mercantil. Concurso medial. Compatibilidad recurso de casación y de suplica.**

Revisión tras la entrada en vigor de la Ley 1/2015 a una condena por delito de malversación en concurso medial con otro de falsedad en documento oficial. Ahora los términos de la ecuación varían, ya que por efecto de la reforma la infracción más grave es la falsedad. Cualquiera que fuera la interpretación que se hiciera del artículo 77.3 CP actual, aun en la postura más favorable al reo, determinaría una pena de prisión superior a la que fijó la resolución recurrida, por lo que, para evitar la «reformatio in peius» el motivo se desestima.

Admisibilidad del recurso de casación, pese a que el mismo fue precedido por otro de súplica. La resolución que resuelve la revisión en casos de sucesión normativa, aunque adopte la forma de auto, queda excluida del régimen general de recursos que el artículo 236 LECrim diseña para los autos dictados por los Tribunales de lo criminal, y que en equivalencia con el esquema de impugnación al que estaría sometida la sentencia que adapta a nuevo panorama normativo, es recurrible directamente en casación. Ahora bien, en los casos en que es el órgano judicial al que compete la interpretación de la norma quien yerra en la indicación o advertencia de los recursos procedentes con la resolución de que se trate, el error en que a consecuencia de ello haya podido incurrir la parte ha de considerarse excusable, en cuanto que inducido por la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.5, 66.1, 74, 77.3, 332.1, 390.1 y 432.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10379/2017

Ponente: Excm. Sra. D.ª Ana Maria Ferrer Garcia

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral Garcia



D^a. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 5 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 10379/17 por infracción de precepto constitucional e infracción de ley interpuesto por D. Jeronimo representado por la procuradora D^a Diana González Rodríguez bajo la dirección letrada de D. Enrique Arce Mainzhausen, contra el auto de fecha 8 de junio de 2016 dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, que acuerda la revisión de la sentencia de 30 de marzo dictada por la misma Sala (Procedimiento del Tribunal de Jurado Rollo nº 2/2014). Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y el Ayuntamiento de Valderas representado por la procuradora D^a Purificación Díez Carrizo bajo la dirección letrada de D. Francisco Viejo Carnicero.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León incoó ejecutoria num. 13/15 (dimanante del Procedimiento Tribunal de Jurado num. 2/14 del Juzgado de Instrucción num. 2 de León) y con fecha 8 de junio de 2016 dictó auto que contiene los siguientes ANTECEDENTES DE HECHO: «PRIMERO.- En la Ejecutoria número 13/15 se ha solicitado por la representación procesal del condenado Jeronimo se proceda a la revisión de la sentencia tras la entrada en vigor de la LO 1/15 dado que se ha visto afectado el delito de malversación de caudales del Art. 432 del C.P. por el que fue condenado.

Concretamente en el Fallo de sentencia cuya revisión se insta establecía:

"Que debo condenar y condeno por su conformidad a Jeronimo como responsable en concepto de autores de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de un año y 4 meses de prisión y dos años de inhabilitación absoluta y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Segundo.

De dicha petición de revisión se ha dado traslado al Ministerio Fiscal que ha interesado la revisión de la pena de prisión en el sentido de que se reduzca a la un año y 45 días y se mantenga los dos años de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o cargo público.»

Segundo.

La Audiencia de instancia en el citado auto dictó el siguiente pronunciamiento: «Que estimando parcialmente la petición cursada por la representación procesal de Jeronimo, en aplicación de la LO 1/15 por la que se modifica parcialmente el C.P. se acuerda la revisión de la sentencia impuesta a este de fecha 30/3/15 en el siguiente sentido:

1.- Por lo que respecta a la pena de inhabilitación, la revisión determina que la pena a imponer sea la de dos años de inhabilitación especial para cargo público o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (en vez de la pena de 2 años de inhabilitación absoluta impuestos inicialmente).

2.- Por lo que respecta a la pena de prisión la revisión determina que la pena a imponer sea la de un año de prisión (en vez de año y 4 meses de prisión impuestos inicialmente)».

Tercero.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal



Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

1º.- Al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECRIM , por infracción del precepto constitucional, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de legalidad (artículos 24.1 , 25.1 y 9.1 de la C.E .).

2º.- Al amparo del artículo 849-1 de la LECRIM , por vulneración e indebida aplicación de los artículos 390.1.2º y 74 , 77 1 y 2 y 432 del CP y artículo 77.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes recurrida del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 11 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Magistrado de la sección Tercera de la Audiencia Provincial de León, Presidente en el Juicio de Jurado 2/2014, dictó con fecha dictó el 30 de marzo de 2015, en trámite de conformidad, sentencia cuyo fallo acordó «condenó a Jeronimo como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño a la pena de un año y cuatro meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y dos años de inhabilitación absoluta», además de los correspondientes pronunciamientos relativos a la responsabilidad penal y costas.

Encontrándose ya la causa en ejecutoria, por la defensa del penado, en escrito presentado el 1 de marzo de 2016, se solicitó la revisión y rebaja de la pena impuesta por efecto de la entrada en vigor de la reforma operada en el CP por la LO 1/2015 de 30 de marzo. Con fecha 8 de junio de 2016 la sección tercera de la Audiencia Provincial de León dictó auto por el que, estimando parcialmente la petición cursada por la representación procesal del penado, por aplicación de la LO 1/2015 de 30 de marzo , acordó la revisión de la sentencia anteriormente dictada y la sustitución de la pena de inhabilitación absoluta, por la de dos años de inhabilitación especial para cargo público o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Respecto a la pena de prisión, sustituyó la impuesta por la de un año de prisión. Todo ello en aplicación del artículo 432 CP en su nueva redacción.

Dicho auto fue recurrido en súplica, (aunque el escrito advertía error en el régimen de recursos indicado en el auto precedente e interesaba que se tuviera por preparado recurso de casación) y confirmado por el posterior del mismo Tribunal de 1 de septiembre que acordó rechazar la pretensión de la recurrente. En concreto señaló que «La revisión que pretende el recurso resulta inalcanzable por el doble motivo de que: 1) la pena impuesta en su día es pena alcanzable en el marco penal actualmente vigente y 2) la modificación del marco penal lógico previsto en el artículo 77.3 CP para el concurso medial, no comporta una alteración de los condicionamientos normativos que limite imperativamente al juez en el aspecto de individualización de la pena que afecta al recurrente, sino que precisamente lo que ha potenciado es la discrecionalidad judicial, estando esta discrecionalidad fuera del análisis de contraste en el que la Disposición Transitoria Segunda asienta la revisión (SSTS 633/2012 de 19 de julio o 290/2013 de 16 de abril).»

Segundo.

Antes de examinar el fondo de la cuestión suscitada, proceden unas breves reflexiones acerca de la admisibilidad del recurso de casación, pese a que el mismo fue precedido por otro de súplica.

La resolución que se pronuncia a consecuencia de la revisión por aplicación retroactiva de legislación más favorable en caso de sucesión de normas, se encuentra sometida al mismo régimen de recursos que la sentencia respecto a la que se pronuncia, es decir, en este caso casación sin previa súplica.

De esta manera el recurso procedente contra el auto de fecha 30 de marzo 2015 por el que la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de León acordó la revisión de la pena impuesta en la sentencia precedente, era el de casación y no el de súplica. Fue el propio órgano judicial el que indicó que el recurso procedente contra aquel era el de súplica, indicación con la que se aquietó la parte recurrente pese a indicar en el escrito de interposición que su intención era acudir al recurso de casación. El recurso se tramitó como una súplica resuelta por auto de fecha 1 de septiembre de 2016, contra el que se interpuso recurso de casación.

La resolución que resuelve la revisión en casos de sucesión normativa, aunque adopte la forma de auto, queda excluida del régimen general de recursos que el artículo 236 LECrim diseña para los autos dictados por los Tribunales de lo criminal, y que en equivalencia con el esquema de impugnación al que estaría sometida la sentencia que adapta a nuevo panorama normativo, es recurrible directamente en casación.

Ahora bien, en los casos en que es el órgano judicial al que compete la interpretación de la norma quien yerra en la indicación o advertencia de los recursos procedentes con la resolución de que se trate, el error en que a consecuencia de ello haya podido incurrir la parte ha de considerarse excusable, en cuanto que inducido por la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial (otras SSTC 93/1983 , 172/1985 , 107/1987, de 25 de junio ; 67/1994 de 28 de febrero ; 65/2002 de 11 de marzo ; 79/2004 de 5 de mayo ; 241/2006 de 20 de julio ; 30/2009 de 26 de enero ; 55/2012 de 29 de marzo). De acuerdo con tal doctrina constitucional ha entendido esta Sala en supuestos en los que al recurso de casación había precedido el de súplica, que si bien ambos medios de impugnación son incompatibles por expresa dicción legal, si el recurrente atendió las indicaciones que sobre el régimen de recursos de la resolución le proporcionó el órgano jurisdiccional, la eventual causa de inadmisibilidad, sin perjuicio de dejar constancia de ella, ha de dejarse pasar por alto (SSTS 1079/2012 de 3 de enero de 2013 ; 740/2014 de 6 de noviembre o 154/2015 de 17 de marzo).

Tercero.

Respecto a la cuestión que ahora nos ocupa, la comparación que habrá de sustentar la procedencia de la revisión en el caso de sucesión normativa, ha de efectuarse a partir de cada texto legal en su conjunto. No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad.

Y desde esta perspectiva hemos de enfocar la cuestión que se somete a nuestra consideración.

1. La sentencia revisada, dictada en trámite de estricta conformidad, condenó al recurrente como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por funcionario público en ejercicio de sus funciones de los artículos 390. 1, 1º y 2º y 74 CP , en concurso medial con un delito continuado de malversación del artículo 332.1 del mismo texto. De acuerdo con las opciones que ofrecía a la fecha el artículo 77 CP (redacción anterior a la Ley 1/2015), la sentencia se decantó por la pena prevista para el delito más grave en su mitad superior.

En ese momento el delito de falsedad llevaba aparejada pena de prisión de 3 a 6 años, multa de 6 a 24 meses e inhabilitación especial de 2 a 6 años. El de malversación del 432.1, por su parte, pena de prisión también de 3 a 6 a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

Se apreció la concurrencia en el acusado la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño de los artículos 21.5 y 66.1.2 del Código Penal . Se optó por acudir a la punición conjunta y, en consecuencia, a la pena más grave de las previstas para los tipos en liza, en ese momento la del artículo 432.1 CP , en su mitad superior, que se concretó, operada una rebaja de dos grados por efecto de la atenuante, en un año y cuatro meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, dos años de inhabilitación absoluta y costas.

2. Tras la Ley 1/2015 los términos de la ecuación han cambiado. Ahora el delito más grave ya no es la malversación, sino el de falsedad. Su penalidad se ha mantenido invariable, sin embargo el tipo básico de malversación del artículo 432.1 ha pasado a estar castigado con pena de 2 a 6 años de prisión e inhabilitación especial para cargo público y derecho de sufragio de 6 a 10 . Al descender el umbral de la pena privativa de libertad y restringirse la amplitud de la inhabilitación, el nuevo precepto resulta más beneficioso.

La actual redacción del artículo 77.3 CP para los supuestos de concurso medial obliga a efectuar en primer lugar la determinación de la pena que hubiera correspondido «en el caso concreto, por la infracción más grave», lo que en una primera delimitación nos sitúa por efecto de la continuidad delictiva en la mitad superior de la prevista



en el artículo 390.1, 1º y 2º, lo que nos enfrenta a una horquilla que irá de 4 años y 6 meses a 6 años de prisión, de 15 a 24 meses de multa y de 4 a 6 años de inhabilitación.

A partir de la interpretación hasta este momento realizada respecto al alcance del artículo 77.3 CP (SSTS 863/2015 de 30 de diciembre , 26/2016 de 29 de enero 0 444/2016 de 25 de mayo), la determinación de la pena correspondiente al «caso concreto» incluye la consideración ya en este inicial análisis de las factores de individualización de la pena que pudieran operar, entre ellos las circunstancias modificativas, lo que obliga en este caso a despejar la incógnita de si la atenuante cualificada que se apreció operaría respecto a este delito.

La cuestión puede resultar dudosa en atención a la naturaleza del delito de falsedad y el alcance de la reparación. La sentencia dictada en la instancia no abordó expresamente la cuestión, lo que tampoco resulta extraño habida cuenta que se dictó en trámite de conformidad. Habremos de acudir pues, para no rebasar los contornos del principio acusatorio que vincula al Tribunal en relación a las atenuantes que son reconocidas por las acusaciones (entre otras STS 426/2016 de 19 de mayo) y los estrechos márgenes de la revisión que ahora nos ocupa, a los términos en que quedó perfilada la pretensión que mantuvieron en la instancia con efectos definitivos las partes acusadoras, que fue expresamente aceptada por el acusado.

Según recogió textualmente la sentencia, las acusaciones coincidentemente calificaron los hechos como «a) Un delito continuado de falsedad en documento mercantil cometido por Funcionario Público en el ejercicio de sus funciones de los artículos 390.1. 20 y 74 del Código Penal , en concurso del artículo 77.1 y 2 del Código Penal con b) Un delito continuado de malversación de caudales públicos de los artículos 432.1 y 74 del Código Penal .

- De ambos delitos es autor el acusado a tenor del artículo 28 del Código Penal.
- Concorre en el acusado la circunstancia, como muy cualificada, de reparación del daño de los artículos 21.5 ' y 66.1.20 del Código Penal .
- Procede imponer al acusado Jeronimo , conforme al artículo 77.1 y 2 del C.P ., la pena de un año y cuatro meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y dos años de inhabilitación absoluta.

Costas. Indemnización.- El acusado Jeronimo indemnizará al Ayuntamiento de Valderas (León) en la cantidad de 50.000 euros.»

Con los datos de que disponemos, a la vista de tal calificación y en una necesaria lectura pro reo, no podemos ahora descartar el doble efecto de la atenuante. De ser así, la pena mínima que correspondería por el delito continuado de falsedad en documento oficial, una vez operada la disminución en dos grados, partiría de unos mínimos de 1 año, 1 mes y 15 días de prisión, 3 meses y 15 días de multa y 1 año de inhabilitación. Por lo que, la aplicación del artículo 77.3 CP , en todo caso nos reconduciría a una penalidad superior.

En la medida que esa pena mínima de prisión, aun sin contar con el efecto agravatorio derivado del concurso medial, es superior a la que fijó la resolución recurrida, cualquiera que fueran los términos en que se concretara la penalidad, la condena resultante necesariamente habría de ser más gravosa para el recurrente, lo que implicaría, como sostuvo el Fiscal al impugnar el recurso, un claro supuesto de la prohibida reformatio in peius . Al haber sido consentida por las partes acusadoras la decisión adoptada en la instancia, no podemos ahora agravar la condición de quien ha procurado la revisión por esta Sala, en atención a lo cual el recurso ha de ser necesariamente desestimado.

Tercero.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM procede imponer al recurrente las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



DESESTIMAR el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, interpuesto por la representación de D. Jeronimo contra el auto de fecha 8 de junio de 2016 dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de León .

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro
Antonio del Moral Garcia Ana Maria Ferrer Garcia

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.