

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064596

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 56/2020, de 18 de febrero de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2491/2018

SUMARIO:

Malversación caudales públicos. El tipo agravado. Prueba pericial.

Lo que la defensa reivindica respecto a la prueba pericial es que todo informe de control llevado a cabo por expertos en contabilidad vaya precedido de una pre-prueba pericial dirigida a autenticar y adverar los documentos sobre los que aquélla va a realizarse. Pero esa alegación es manifiestamente inviable. Pensar que el dictamen pericial en una causa penal no puede tomar como punto de partida papeles, notas o documentos que no hayan sido previamente autenticados carece de sentido. La aproximación de los peritos a la mecánica comisiva que permitió la distracción no necesitaba fundarse en documentos compulsados. Basta con que esos documentos formen parte de las piezas de convicción que luego se incorporan a la causa y que su contenido no arroje dudas acerca de aquello que ha de ser objeto de prueba. De ahí que la queja genérica de la defensa y el reproche añadido a que la traducción de tales documentos no ha sido verificada, no permiten, sin más, construir una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 21.6, 27, 28, 74 y 432.2.

Ley 1/2000 (LEC), art. 576.

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don Manuel Marchena Gómez.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 56/2020

Fecha de sentencia: 18/02/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2491/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Nacional, Sección 3ª de lo Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: OVR



Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2491/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D^a. Susana Polo García
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 18 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, interpuesto por la representación del acusado D. Evelio, contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, Sección 3^a de lo Penal, de fecha 3 de julio de 2018 en el Rollo de Sala nº. 12/17, que le condenó por un delito de malversación de caudales públicos, 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, siendo parte el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por la procuradora D^a Sonia María Casqueiro Álvarez, bajo la dirección letrada de D. Ángel Fernando de la Peña Portillo, y como parte recurrida El Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado Central de instrucción nº. 1 instruyó sumario (procedimiento ordinario) nº 37/14 contra D. Evelio, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, Sección 3^a de lo Penal, que con fecha 3 de julio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: « Evelio ocupaba el puesto de Canciller-Cajero pagador en el Consulado General de España en Cantón (China) desde enero de 2010, siendo el encargado de llevar la contabilidad, utilizando la aplicación informática lince en la que realizó asientos contables durante los años 2012 y hasta el 31 de octubre de 2013.

Desde el día 27 de abril de 2012 hasta noviembre de 2013 practicó asientos contables que no coincidían con los extractos del banco en el que la representación tenía cuenta abierta, haciendo constar en la aplicación cantidades muy superiores al realmente ingresado en el banco y enviaba al Ministerio extractos inauténticos a fin de cuadrar aparentemente los saldos.

En el Consulado existía una caja pagadora dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, creada por Orden AE/2956/2008, de 15 de octubre. Se rige por lo dispuesto en el Real Decreto 640/1987, Orden de 23 de diciembre de 1987 y la Orden AEC/252/2007, que con carácter general designa como Cajeros pagadores en

las Representaciones de España en el exterior a los Cancilleres de las mismas. De acuerdo con estas normas, al frente de cada Caja Pagadora habrá un Cajero pagador con nombramiento expreso para el ejercicio de las funciones inherentes a dicho cargo; es responsable del efectivo y de su custodia.

El criterio contable que rige en los registros contables de las Representaciones es el de caja: los pagos se contabilizan con la fecha en que se ordenan y los ingresos en la fecha que son efectivos. En el momento de la visita la contabilidad no estaba actualizada, siendo el último registro de caja de fecha 31/10/2013 y el del banco en moneda local de fecha 5/11/2013. La moneda local de China es el yuan/renminbi (RMB).

Del día 12 al 18 de diciembre de 2013 se desplazó un equipo de la División de Control de la Gestión del Ministerio de Asuntos Exteriores a realizar una visita de control contable al Consulado General de España en Cantón, prevista en el plan ordinario de visitas establecido para ese año.

Cuando se comunicó la visita al Consulado el 27 de noviembre de 2013, Evelio estaba de vacaciones, por lo que se le informó por teléfono de la visita del equipo y acordar lo necesario dado que se incorporaba el día 9 de diciembre de 2013: poner al día la contabilidad y preparar la documentación. No obstante, el Canciller no regresó al Consulado y remitió una baja médica por depresión de fecha 5 de diciembre de 2013.

El 12 de diciembre de 2013 procedió el equipo de control a realizar un recuento físico del dinero efectivo existente en el Consulado, dicho recuento se reflejó en un arqueo de caja. Por otra parte, se calculó el saldo contable teniendo en cuenta los ingresos, gastos y traslados de dinero al banco pendientes de contabilizar, consecuencia de ello se cuantificó un faltante en caja de 135.665,96 RMB por sentencia del Tribunal de Cuentas de 15-10-2015, derivado de la diferencia entre el saldo que debiera existir por ingresos y pagos contables justificados hallados en las dependencias del Consulado y la cantidad hallada en la caja.

Posteriormente al comparar el reflejo contable de los datos bancarios con los reales se detectaron diferencias. Por ello se recabaron copias de todos los extractos localizados en el archivo de la Representación, en los que constaba la compulsa de Evelio que habían sido en su momento al Ministerio y las copias se remitieron al Banco de China, donde el Consulado tenía abierta su cuenta bancaria, solicitando que se certificase sobre su autenticidad. La entidad bancaria certificó que existían discrepancias entre los datos de su contabilidad y los de las fotocopias aportadas, no siendo además los originales que había expedido la entidad bancaria.

El Banco de China aportó los extractos originales de la cuenta bancaria y en la comparación con los obrantes en la contabilidad de la Representación se cuantificó un faltante en banco de 2.350.000,00RMB, por sentencia del Tribunal de Cuentas, pues Evelio había realizado desde el 27 de abril de 2012 manipulaciones de los extractos originales, adaptándolos con cantidades superiores a las certificadas por el Banco de China en sus extractos, puesto que en once ocasiones se había ingresado menos de lo declarado en la contabilidad.

Por eso, en el despacho del Canciller fue hallado un extracto bancario fotocopiado pero que coincidía con el original sobre el Evelio había anotado nuevas cantidades que era las que luego copiaba en los registros contables adjuntando fotocopias manipuladas de los extractos bancarias para que hubiera coincidencia entre éstos y los asientos contables practicados que se enviaban regularmente al Ministerio de Asuntos Exteriores.

Según sentencia del Tribunal de Cuentas el total faltante entre caja y banco respecto a la contabilidad reflejada por Evelio asciende a 2.350.000 RMB más 135.665,96 RMB, que suman 2.485.665,96 RMB lo que supone un alcance en fondos públicos de 295.319, 30 euros.»

Segundo.

La Audiencia Nacional, Sección 3 de lo Penal, dictó sentencia nº 22/18 con el tenor literal siguientes: « FALLAMOS: CONDENAMOS a Evelio, como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN y a DOCE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA PARA CARGO O EMPLEO PÚBLICO.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará al Ministerio de Asuntos Exteriores en la cantidad de 295.391,30 euros a la que se aplicará el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Procederá compensar en ejecución de sentencia, en su caso, las sumas que en la pieza separada de responsabilidad civil se hayan detraído al condenado para asegurar la responsabilidades civil del anterior pronunciamiento.

Se le imponen las costas procesales incluidas las de la acusación particular.» (sic)



Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, infracción de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, por la representación del acusado D. Evelio, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado, lo basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.

Al amparo del art. 850.1 de la LECrim. en relación lo previsto en el art. 24 de la CE.

Segundo.

Al amparo del art. 5.4. de la LOPJ, por vulneración de derecho fundamental, legando infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)

Tercero.

Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley, y aplicación indebida del art. 432.2 CP.

Cuarto.

Al amparo del art. 849.1 LECrim. por infracción de ley, por inaplicación del art. 21.6ª CP.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por escrito de fecha 15 de octubre de 2018 solicitó la inadmisión de los motivos, y subsidiariamente la impugnación, dándose igualmente por instruido como parte recurrida el Abogado del Estado en escrito de fecha 8 de octubre de 2018, que igualmente interesó la inadmisión del mismo, o subsidiariamente la desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por providencia de esta Sala de fecha 7 de enero de 2020, se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 28 de enero de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia núm. 22/2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, condenó al acusado Evelio como autor de un delito de malversación de caudales públicos a la pena de 5 años de prisión y a 12 años de inhabilitación absoluta para cargo o empleo público. En concepto de responsabilidad civil fue condenado al pago de 295.391,30 euros al Ministerio de Asuntos Exteriores, con la fórmula de intereses prevista en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la representación legal del condenado. Se hacen valer cuatro motivos que van a ser objeto de tratamiento sistemático individualizado, sin perjuicio de las remisiones obligadas para el análisis de la impugnación.

Segundo.

El primero de los motivos, al amparo del art. 850.1 de la LECrim, en relación con el art. 24 de la CE, denuncia quebrantamiento de forma, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Alega la defensa que la infracción de ese derecho -en realidad, con mayor precisión, se trataría de la vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes- se habría generado por una doble negativa del Tribunal a quo. De una parte, por no acceder a la suspensión del juicio por la incomparecencia de tres testigos propuestos y admitidos; por otra parte, por la inadmisión de la prueba documental solicitada por la defensa, consistente en que se librara atento oficio al consulado de España en Cantón (China), a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, con el fin de que se aportaran a las actuaciones las carpetas de cese y las carpetas de toma de posesión de los Sres. Melchor y Nazario, ambos cónsules de España en Cantón.

El motivo ha de ser desestimado.

2.1.- La petición de prueba testifical hecha valer por la defensa se refería al testimonio de Dña. Alicia, Dña. Angelica y Dña. Araceli, todas ellas contratadas laborales fijas del consulado de España en Cantón. Su declaración había sido solicitada en el escrito de conclusiones provisionales por la defensa. La pertinencia fue igualmente declarada por el Tribunal a quo.

Esta prueba no pudo llegar a practicarse, pese a que su desarrollo -aduce la defensa- podría haber sido determinante del desenlace de los hechos, ya que eran las empleadas del consulado que realizaban labores de auxilio del acusado y se encargaban de llevar física y personalmente el dinero recaudado para su ingreso en el Banco de China. Tenían acceso al despacho del canciller y a los sistemas informáticos.

Sin embargo, como apunta el Fiscal en su escrito de impugnación, la no práctica de la prueba testifical propuesta tuvo una justificación que descarta la vulneración de derechos alegada. En efecto, inicialmente fue declarada la pertinencia y, de hecho, se suspendió el primero de los señalamientos con el fin de practicar gestiones que condujeran a la localización de esas tres testigos. Reanudadas las sesiones, la Letrada de la Administración de Justicia dio cuenta de la imposibilidad de localización y citación de las tres empleadas. La Audiencia Nacional decidió continuar con la celebración del juicio, sin que la defensa que ahora echa en falta su testimonio aportara dato alguno que pudiera contribuir a contactar con esas testigos.

La doctrina de esta Sala es muy clara a la hora de estimar la vulneración del derecho de defensa por denegación de una prueba previamente declarada pertinente. Sobre los efectos jurídicos de la denegación de prueba -cfr. SSTs 455/2012, 1 de junio; 326/2012, 26 de abril y 827/2011, 25 de octubre-, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones, de lo que es muestra elocuente la STC 121/2009, 18 de mayo. De acuerdo con esta resolución, para apreciar la relevancia constitucional de la denegación, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada « era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación [que] se traduce en la doble exigencia de que el recurrente acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatare la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (STC 185/2007, de 10 de septiembre , F. 2), STC 258/2007, de 18 de diciembre , F. 3; en similares términos entre otras, SSTC 53/2006, de 27 de febrero, F. 4 ; 316/2006, de 15 de noviembre, F. 3.c ; 152/2007, de 18 de junio , F. 2, todas ellas en relación con la prueba penal)».

Y decíamos en la STS 1040/2007, 12 de diciembre -entre otras muchas- que los requisitos o presupuestos de fondo, son los siguientes: a) que sea pertinente, en el sentido de que tenga relación directa con lo que se decida en la causa; b) que sea necesaria, en el doble sentido de relevante y no redundante; c) que sea posible, en cuanto pueda practicarse en términos de racionalidad, sin tener que superar extraordinarias dificultades procesales; y d) que la falta de realización ocasione indefensión a la parte que la formuló y propuso como prueba.

Pues bien, la Sala entiende que la denegación de la prueba testifical propuesta no fue, desde luego, arbitraria ni carente de justificación. Su inicial declaración de pertinencia no es obstáculo para la posterior valoración de su sobrevenida innecesariedad. Se trata del testimonio de tres empleadas del consulado que resultaba irrelevante. Como recuerda la Abogacía del Estado, el alcance de los fondos públicos, en realidad, no fue cuestionado por el principal acusado. Tampoco tendría ese testimonio la virtualidad necesaria para cuestionar la secuencia de actos que posibilitaron la distracción. Para ello era esencial acceder al sistema contable, pues resultaba indispensable anotar las cantidades -en teoría- remitidas al banco y posteriormente manipular uno a uno los saldos de los extractos remitidos a Madrid. El propio acusado ha reconocido que era el único que accedía al sistema contable. Por si fuera poco, la sustracción del dinero se prolongó a lo largo de un año y medio, en el cual las tres empleadas no coincidieron en el área de Evelio. Este reconoció que las tres personas propuestas como testigos eran personal auxiliar con funciones de traducción. Admitió asimismo que Angelica no trabajaba desde hacía tiempo con él sino en visados, por decisión del Cónsul. Y a preguntas de la Abogacía del Estado volvió a reconocer que Angelica estaba trabajando en visados, no con él desde diciembre del 2011.

Al margen de lo anterior, el primer señalamiento del juicio oral fue suspendido con el fin de que se gestionara la citación de las testigos y éstas pudieran declarar mediante videoconferencia. La imposibilidad práctica derivada de la falta de datos para su localización -por cierto, no aliviada por la defensa- hizo inviable el llamamiento de las tres ciudadanas de nacionalidad china.

2.2.- La segunda fuente de vulneración del derecho a la prueba se conecta por la defensa con la negativa de la Audiencia Nacional de reclamar los documentos de cese y toma de posesión de otros dos cónsules de Cantón.

Más allá del laconismo con el que pretende justificarse la relevancia de esta prueba, lo verdaderamente importante es que ambos cónsules -Sres. Melchor y Nazario- comparecieron en juicio. Pudieron ser interrogados por la defensa y fueron preguntados por todos aquellos detalles de valor para el tratamiento jurídico de los hechos.

Carece de sentido, por tanto, alegar la vulneración del derecho a la prueba y consiguiente menoscabo del derecho de defensa, cuando todos los aspectos relacionados con el contenido de esos documentos pudo aflorar en el interrogatorio cruzado de las partes.

El motivo carece de fundamento y ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

Tercero.

El segundo de los motivos sirve de vehículo al recurrente para invocar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. Considera la defensa que la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, es claramente objetable.

La prueba testifical de las Sras. Leocadia, Lidia y Martina -funcionarias de la División de Control de Gestión del Ministerio de Asuntos Exteriores que examinaron las cuentas del consulado- se verificó sobre una documentación bancaria que les fue entregada por el Banco de China, pero que no estaba convenientemente legalizada o averada por ninguna autoridad de aquel país. Ni tan siquiera se hallaba compulsada y no consta que la traducción de esos documentos haya sido verificada. Además, en el informe en que fue apreciado un descuadre en cajas y bancos, se cometieron errores que luego tuvieron que ser rectificados.

Insiste la defensa en que resultó poco verosímil en la prueba testifical de los Sres. Melchor y Nazario -cónsules de España en Cantón- que desconocieran el estado financiero del consulado, pues la documentación enviada trimestralmente al Ministerio de Asuntos Exteriores era averada por ellos. Y tanto al final como al inicio de cada ejercicio de su cargo debían dar cuenta del estado del consulado en sus cuadernos de toma de posesión y cese, documentos éstos que, al no haber sido aportados, no permiten conocer si advirtieron alguna irregularidad.

Se aduce, por último, que la prueba pericial practicada lo fue sobre la base de documentos fotocopados, tal y como se recoge en el informe de los peritos calígrafos.

No tiene razón el recurrente.

La posición constitucional de esta Sala en el momento de atender una queja casacional referida a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia es bien clara. No nos incumbe una nueva valoración de la prueba. Tampoco contrastar las conclusiones obtenidas por la Audiencia con la hipótesis alternativa que sugiera el recurrente, optando por una u otra en función del mayor atractivo que encierre cada una de las propuestas. Nos incumbe exclusivamente constatar la licitud y suficiencia de la prueba desde el punto de vista objetivo, así como la racionalidad del proceso de aproximación valorativa sobre el que se ha construido el juicio de autoría. Y la prueba es lícita cuando ha sido obtenida con respeto a los principios estructurales que informan el desarrollo de la actividad probatoria ante los órganos jurisdiccionales, siendo suficiente cuando su contenido es netamente incriminatorio.

Además, la Sala de instancia al determinar la autoría del condenado ha de hacerlo con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal (cfr. SSTs 158/2010, 2 de febrero y 458/2009, 13 de abril, entre otras muchas).

3.1.- El informe elaborado por las funcionarias que asumieron la inspección de las cuentas del consulado se verificó sobre la documentación disponible y remitida por la entidad bancaria depositaria de los fondos manipulados por el acusado. Como apunta el Fiscal, no es necesario que los controles contables se realicen sobre documentos adverados y compulsados. Es suficiente con la documentación contable habitual en el tráfico mercantil. La solicitud a un banco por el titular de la cuenta de los extractos bancarios y la remisión de los mismos por la entidad financiera es suficiente para comprobar las cifras y conceptos que en ellos consta. Por otro lado, que se haya advertido y corregido un error no disminuye la credibilidad de las expertas que realizaron y suscribieron el informe.

Si bien se mira, lo que la defensa reivindica es que todo informe de control llevado a cabo por expertos en contabilidad vaya precedido de una preprueba pericial dirigida a autenticar y advenir los documentos sobre los que aquélla va a realizarse. Pero esa alegación es manifiestamente inviable. Pensar que el dictamen pericial en una causa penal no puede tomar como punto de partida papeles, notas o documentos que no hayan sido previamente autenticados carece de sentido. La aproximación de los peritos a la mecánica comisiva que permitió la distracción por el acusado de 295.391,30 euros, no necesitaba fundarse en documentos compulsados. Basta con que esos documentos formen parte de las piezas de convicción que luego se incorporan a la causa y que su contenido no arroje dudas acerca de aquello que ha de ser objeto de prueba. De ahí que la queja genérica de la defensa y el reproche añadido a que la traducción de tales documentos no ha sido verificada, no permiten, sin más, construir una vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

No se olvide, además, que el propio acusado ha reconocido la autoría de los apuntes manuscritos hallados en su despacho. Este dato hace irrelevante su alegación pretendiendo cuestionar los documentos sobre los que ha sido confeccionado el dictamen de los inspectores.

3.2.- El mismo rechazo merece la alegación relacionada con el testimonio de los dos cónsules -Sres. Melchor y Nazario- a los que reprocha no haber detectado el descuadre.

Sin embargo, como apunta el juicio histórico, el acusado Evelio era «... el encargado de llevar la contabilidad, utilizando la aplicación informática lince en la que realizó asientos contables durante los años 2012 y hasta el 31 de octubre de 2013». El acusado era, por tanto, quien asumía la relación con los bancos y la contabilidad. Este dato está fuera de cualquier duda. Y también lo está el hecho de que la existencia del delito de malversación, su acreditada concurrencia, no puede hacerse depender de la sagacidad de terceros para descubrir las falsedades del primer responsable, ni del tiempo en que las artimañas del encartado lleguen a aflorar y a hacerse evidentes.

No existió vulneración del derecho a la presunción de inocencia. El motivo ha de ser rechazado por su falta de fundamento (art. 885.1 de la LECrim).

Cuarto.

El tercero de los motivos se formaliza por la vía del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, aplicación indebida de los arts. 432.2, 27 y 28 del CP.

A juicio de la defensa, la sentencia de instancia da la espalda a la jurisprudencia de esta Sala que viene exigiendo que los elementos de agravación del art. 432.2 del CP -especial gravedad atendiendo al valor de lo sustraído y daño o entorpecimiento del servicio público- concurren de forma cumulativa. En el presente supuesto, la Audiencia Nacional no ha razonado la afectación al servicio público.

Tiene razón la defensa y el motivo ha de ser estimado.

4.1.- Los hechos por los que se ha formulado acusación sucedieron, según explicita el factum, entre los días 27 de abril de 2012 y noviembre de 2013.

La redacción entonces vigente del art. 432 del CP, proveniente de la reforma operada por la LO 15/2003, 25 de noviembre, establecía lo siguiente: « la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años». Añadía el apartado segundo que «se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo

al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública»

La jurisprudencia de esta Sala no ha dado respuesta a la cuestión suscitada con la deseable uniformidad. Algunas resoluciones han admitido una interpretación que convierte la conjunción copulativa «y» en disyuntiva. De esta manera, existen precedentes que no han estimado necesaria la concurrencia conjunta de las dos agravaciones, esto es, la especial gravedad y el entorpecimiento al servicio público (SSTS 1764/2002, 28 de octubre; 79/2007, 7 de febrero o 381/2007, 24 de abril). Son muchos más los casos en los que hemos dicho que es precisa la suma de ambos criterios de agravación (STS 180/1998, 10 de febrero y 429/2012, 21 de mayo; 616/2002, 13 de abril; 381/2007 24 de abril; 1094/2011, 27 de octubre; 429/2012, 21 de mayo, 806/2014, 23 de diciembre, entre otras), hasta el punto que puede estimarse la doctrina jurisprudencial mayoritaria y consolidada. Una tercera tesis intermedia o integradora ha venido proclamando que la norma obliga a atender a dos factores conjuntamente: la elevada cuantía de la malversación y el daño o entorpecimiento del servicio público, pero «... en ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse, sin más, la inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos» (STS 1919/2013, 22 de marzo; 784/2012, 5 de octubre). Y en la sentencia 616/2002, 13 de abril, se argumenta que el efecto negativo para el servicio público que tenga la acción depredadora será normalmente proporcional al monto del caudal sustraído y la importancia relativa de este estará, a su vez, determinada por el nivel económico de la entidad pública afectada y por las necesidades que la misma deba atender. La relatividad de los conceptos y su interdependencia -señala esta sentencia- dificulta inevitablemente la interpretación del tipo en términos abstractos y generales y por ello en su aplicación tendrán los jueces que decidir caso por caso orientados únicamente por los dos criterios ofrecidos en el precepto.

En el supuesto que centra nuestra atención, descartada la idea de que es suficiente la concurrencia de uno solo de los presupuestos de agravación, el relato de hechos probados pone de manifiesto que la cuantía de lo sustraído por el acusado sí podía integrar el apartado agravado, pero no existe referencia alguna al entorpecimiento del servicio público. Es evidente que la agravación no puede ser la consecuencia de un esforzado ejercicio de imaginación. En el factum se han de contener los elementos precisos para que el juicio de subsunción no se resienta. Los hechos declarados probados por la Audiencia Nacional describen minuciosamente la conducta del acusado, la estratagema de la que se valió y el importe final de lo distraído. Pero no incorpora alusión específica al efecto que ese acto de apoderamiento pudo haber tenido en el desarrollo de las actividades ordinarias del consulado. Tampoco podemos asociar a la cuantía de 295.319, 30 euros un incontrovertible efecto de perturbación de las actividades de representación y prestacional que son propias de un consulado.

La Abogacía del Estado, en su elaborado y minucioso escrito de impugnación, despliega un esfuerzo argumental encaminado a justificar, en ausencia del tipo cualificado del art. 432.2 del CP, la procedencia de agravar la pena mediante la aplicación del art. 74 del CP, estimando que los hechos estaban inspirados en el mismo designio y fueron ejecutados por el cónsul aprovechando la común ocasión que le ofrecía el desempeño de su representación diplomática. La Sala entiende, sin embargo, que propugnar este criterio como fórmula para mantener la pena impuesta, sin haber formalizado recurso de casación, podría ser fuente de vulneración del derecho de defensa.

Procede, pues, la estimación parcial del recurso con las consecuencias que luego se precisan en nuestra segunda sentencia.

Quinto.

El cuarto y último motivo, también por el cauce que habilita el art. 849.1 de la LECrim, sostiene que se ha inaplicado indebidamente el art. 21.6 del CP, que recoge la atenuante de dilaciones indebidas.

Alega la defensa que los hechos, acaecidos en 2012, han sido enjuiciados en 2018, demasiado tiempo pese a «... la actitud de transparencia y colaboración con la administración de justicia» del acusado, con una continua y permanente comunicación de todos y cada uno de los cambios de domicilio a lo largo de estos años.

No procede la estimación del motivo.

La sentencia no dedica una sola línea a esta alegación, pese a que en los antecedentes de hecho se indica que, alternativamente y para el caso de condena, la defensa invocaba la atenuante de dilaciones indebidas.

Sea como fuere, el fundamento material de la atenuante cuya aplicación reivindica el recurrente, obliga a importantes puntualizaciones. La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. Y así lo hemos

entendido en recientes pronunciamientos de esta misma Sala (cfr. SSTs 250/2014, 14 de marzo; 421/2014, 26 de mayo; 106/2009, 4 de febrero y 553/2008, 18 de septiembre).

Desde esta perspectiva, los hechos se extendieron hasta el mes de noviembre de 2013. La inspección oficial del Ministerio de Asuntos Exteriores, que fue decisiva para el conocimiento de la estratégica deslealtad de Evelio, se desarrolló durante los días 12 a 18 de diciembre de 2013. Unos meses después, el 2 de junio de 2014, fue dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 auto de incoación del procedimiento abreviado. A partir de ahí, la marcha del procedimiento se ajustó a lo que es propio de la investigación y enjuiciamiento de un delito cometido en el extranjero, en este caso, en China. El número de testigos -algunos de ellos residentes fuera de nuestras fronteras-, las consiguientes dificultades para su localización y citación a juicio y, en fin, la suspensión inicial del plenario para intentar, aunque infructuosamente, la práctica de la prueba testifical propuesta, son algunas de las razones que explican que las dilaciones que se denuncian no fueron dilaciones indebidas, no concurriendo, por tanto, el presupuesto necesario para su apreciación. Todo ello, claro es, sin perjuicio de que en la determinación de la pena procedamos a fijar su extensión en la mitad inferior.

Sexto.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por la representación legal de D. Evelio contra la sentencia de fecha 3 de julio de 2018, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, en causa seguida contra el mismo por un delito de malversación de caudales públicos, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Susana Polo García D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 2491/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D^a. Susana Polo García
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 18 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2491/2018, contra sentencia de fecha 3 de julio de 2018, dictada por la Sección 3^a de la Audiencia Nacional, en el rollo de sala nº 12/17, dimanante del procedimiento abreviado nº 37/14 del Juzgado Central de Instrucción nº 1. Dicha resolución ha sido casada y anulada por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar segunda Sentencia con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas en el FJ 4º de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del tercero de los motivos entablados, declarando que los hechos son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432 del CP, sin que concurra el tipo agravado previsto en el apartado 2º de ese mismo precepto.

En atención a las circunstancias del hecho, el importe de la cuantía que fue objeto de desapoderamiento, el destino de los fondos que fueron apartados de su finalidad presupuestaria y, en fin, la afectación del crédito que es propio de toda representación diplomática, la Sala entiende que procede imponer al acusado la pena de 4 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 7 años.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

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

Se dejan sin efecto las penas de prisión e inhabilitación absoluta impuestas por el tribunal de instancia a D. Evelio y se condena a éste, como autor de un delito de malversación de caudales públicos, a la pena de CUATRO AÑOS de prisión y 7 AÑOS de inhabilitación absoluta para cargo o empleo público. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Susana Polo García D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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.