

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065884

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1015/2021, de 21 de diciembre de 2021

Sala de lo Penal

Rec. n.º 129/2020

SUMARIO:**Penología. Individualización penológica. Discrecionalidad del tribunal. Atenuante de confesión. Atenuante de reparación de daño.**

Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurre agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes. El art. 66.1 2ª señalado del Código penal, equipara todos los supuestos en que, no concurriendo agravantes, se aprecia una atenuante cualificada, o varias atenuantes. Todos esos variados casos están asimilados y la pena deberá bajarse uno o dos grados en atención al número y entidad de las atenuantes y su fijación corresponde de manera razonada y motivada, obviamente al Tribunal y no a la defensa, ni a las acusaciones; ni, tampoco, al Tribunal de casación.

Una confesión que no es totalmente espontánea y que no aporta datos especialmente significativos, que simplifiquen la investigación no puede dar vida, en principio, a una atenuante cualificada. Carece de espontaneidad ya que el acusado percibe como inevitable el descubrimiento de los hechos. Pero ello no hace decaer la atenuante -que es introducida con la muleta de la analogía (art. 21.7)-, pero sí dificulta, hasta hacerlo inviable, anudarle una eficacia privilegiada.

Así mismo, una restitución parcial que no alcanza la mitad del monto malversado tampoco puede considerarse idónea por vía de principio para una atenuante cualificada de reparación de daño.

La unanimidad en el jurado no hace que un hecho esté más o menos probado; mucho menos, que una atenuante deba ser considerada cualificada o no. Ni una eximente completa, descartada por la falta de un voto, puede convertirse en incompleta si esa segunda alternativa no obtiene a su vez, al menos, cinco votos. Cuando solo concurre una atenuante tendrá mucha relevancia determinar si se le dota del rango de cualificada en tanto la consecuencia legal será muy distinta. Pero cuando son varias, la cuestión pierde casi absolutamente cualquier trascendencia: su entidad ha de ser valorada -sea o no cualificada- para determinar cuánto se debe degradar la pena. Es posible que concurren dos circunstancias simples pero de enorme peso y el Tribunal opte legítimamente por rebajar dos grados la pena; y cabe también que concurren dos cualificadas o tres simples y el Tribunal razone que su potencialidad individual es muy tenue y se decante por una única degradación. Ambas decisiones serán legales si están debidamente razonadas. No estamos ante un problema aritmético, sino de discrecionalidad razonada.

PRECEPTOS:

Ley Organica 10/1995 (CP), arts. 21, 27.1, 66.1.2ª.

PONENTE:*Don Antonio del Moral Garcia.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don PABLO LLARENA CONDE

Don ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.015/2021

Fecha de sentencia: 21/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 129/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 15/12/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: T.S.J.GALICIA

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 129/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1015/2021

Excmos. Sres.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D. Pablo Llarena Conde

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto recurso de casación nº 129/2020, interpuesto por Ezequiel representado por el procurador Sr. D. Jorge Laguna Alonso y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Saborido Martínez contra la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, resolviendo recurso de apelación contra la Sentencia nº 493/2018 de fecha 5 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña en el procedimiento de Tribunal del Jurado 943/12 procedente del Juzgado de Instrucción nº 2 de Noia seguido por un delito de malversación de caudales públicos. Ha

sido parte recurrida el Ayuntamiento de Lousame representado por el procurador Sr. D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. José M. Roibás Vázquez. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Seguido por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección Segunda) procedimiento del Tribunal del Jurado elevado por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Noia (TJ nº 943/2012), el Magistrado-Presidente dictó Sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2018 que recoge los siguientes Hechos Probados:

"De conformidad con el veredicto emitido por el Jurado se declaran probados los siguientes hechos:

Primero.

EN RELACIÓN CON EL ACUSADO Ezequiel

1º. Ezequiel, en su condición de tesorero del Ayuntamiento de Lousame, durante los ejercicios 2010 a 2012, aprovechándose del acceso que tenía a las cuentas bancarias del Ayuntamiento, desvió fondos del Ayuntamiento en numerosas ocasiones, utilizando diferentes técnicas.

2º. El acusado Ezequiel procedió a ordenar telemáticamente transferencias a favor de proveedores que habían prestado servicios para el Ayuntamiento, para obtener un comprobante que unir al expediente de gasto. Posteriormente anulaba dichas transferencias y se dirigía a la oficina bancaria retirando idéntico importe en efectivo. Por este procedimiento el acusado desvió y se apropió de la cantidad de 68.238,35 euros.

3º. Ezequiel acordó que la mercantil Químicos del Ulla S. L., que no tenía relaciones comerciales con el Ayuntamiento, librara efectos comerciales a cargo de la cuenta de la que era titular el Ayuntamiento, sin ninguna justificación comercial. Ezequiel, con la colaboración del contable de la referida empresa, en ignorado paradero, descontaba o entregaba en gestión de cobro los referidos efectos y, a su vencimiento, se cargaban en la cuenta del Ayuntamiento, sin que Ezequiel ordenara la devolución de dichos cargos, pese a que no tenían ninguna justificación. Para compensar dichos cargos ingresaba fondos en las cuentas del Ayuntamiento, compensando las cantidades sustraídas en el año 2010 y 2012, si bien en el año 2011 quedaron efectos sin saldar por importe de 9.607 €.

4º. Transferencias sin expediente de gasto. Ezequiel ordenaba transferencias a favor de proveedores del Ayuntamiento, a quienes se les había reconocido un crédito, con la peculiaridad de que, en el justificante de transferencia, aparecía como beneficiario el proveedor, pero con número de cuenta de otra persona; cuentas de las que eran titulares o autorizados los acusados Indalecio, Berta, y la mercantil Químicos del Ulla S. L., de la que era administrador y autorizado de la cuenta el acusado Indalecio.

5º. Transferencias con expediente de gasto. Ezequiel también acudió a expedientes de gasto en los que no había coincidencia entre la cuenta de la factura con la cuenta de abono de las transferencias, y también procedió a realizar transferencias bancarias desde las cuentas del Ayuntamiento a las cuentas de las que eran titulares o autorizados los acusados Indalecio, Berta y Ezequiel.

6º. Ezequiel, sin justificación comercial, transfirió dinero desde las cuentas del Ayuntamiento a las cuentas de las que eran titulares o autorizados los aquí acusados Indalecio, Berta y Ezequiel.

7º. Por la mecánica anteriormente descrita fueron detraídas de las arcas municipales, al menos, la cantidad de 320.813,05 euros, si bien, durante el periodo temporal al que se refieren tales actuaciones, el acusado Ezequiel hizo ingresos en las cuentas del Ayuntamiento por importe de 30.247,99 euros, resultando por tanto la cantidad de 290.564,06 como dinero definitivamente sustraído al Ayuntamiento.

8º. Las sustracciones de dinero efectuadas por el acusado Ezequiel supusieron un detrimento económico notable para el patrimonio del Concello durante mucho tiempo.

9º. Las sustracciones de dinero afectaron de manera considerable al funcionamiento ordinario del Concello y a la carga de trabajo de los funcionarios que integraban la plantilla, así como al prestigio del Concello con sus proveedores.

10º. El acusado Ezequiel ha reintegrado al Ayuntamiento de Lousame la cantidad de 136.000 € realizando al pago de las siguientes fechas: el 23 de noviembre de 2012, 5.000 €; el 28 de noviembre de 2012, 30.000 €; El 29 de noviembre de 2012, 40.000 €; el 10 de diciembre de 2012, 6.000 € y el 12 de diciembre de 2012, 10.000 €. El reintegro de dichas cantidades se produjo durante la fase de instrucción de este procedimiento y antes de ser requerido para aportar fianza. El reintegro fue realizado con la intención de disminuir los efectos del daño causado al Ayuntamiento. El hecho de que el acusado ingresara durante la instrucción de la causa, antes de ser requerido para ello en el auto de apertura del juicio oral, y con la intención de disminuir los efectos del daño causado, la cantidad de 135.000 € supone una disminución de los efectos del delito y por tanto del perjuicio causado al Ayuntamiento

11°. El acusado reconocía los hechos, ante la Alcaldesa, y otros responsables del Ayuntamiento de Lousame, antes de iniciarse la investigación judicial o policial, y antes de la auditoría encargada por el Ayuntamiento, por medio de un escrito entregado a la Alcaldesa del Ayuntamiento y que fue redactado por personal del propio Ayuntamiento. El reconocimiento se mantuvo durante todo el procedimiento judicial, siendo así que, en esa línea, en su primera declaración judicial reconoció haber detraído para sí importantes cantidades de las arcas municipales.

12°. El acusado Ezequiel no colaboró activamente para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el esclarecimiento completo de los hechos delictivos.

13°. El tiempo transcurrido durante la tramitación de este procedimiento se considera no es una dilación indebida y por tanto no tenida que soportar por los acusados.

Segundo.

EN RELACIÓN AL ACUSADO Indalecio.

1°. Que Ezequiel ante los bancos era quien gestionaba las cuentas de Químicos del Ulla.

2°.- Que en la cuenta de Indalecio, Ezequiel también operaba ante los bancos.

3°.- Que Indalecio era proveedor del Ayuntamiento de Lousame

4°. No ha quedado acreditado que Indalecio, administrador único de la entidad mercantil Químicos del Ulla, en colaboración con Ezequiel, plenamente consciente de que en las dos cuentas de la empresa se estaba ingresando, ilícitamente y sin ningún motivo comercial, el dinero proveniente del Ayuntamiento, dispusiera libremente, en varias operaciones, y para sí y para la empresa de la que era administrador, Químicos del Ulla, y/o con su autorización, puesto que era la persona autorizada, permitiera disponer, en varias operaciones, del referido dinero en la cantidad de 88.510,73 e en la primera de las cuentas y de 16.539,47 € en la segunda de las cuentas.

5°. No ha quedado acreditado que el acusado Indalecio, autónomo con una trayectoria de más de 40 años, titular, junto con su esposa, de la cuenta bancaria terminada en el número 84 de la entidad ABANCA, con la que operaba de manera habitual, en colaboración con Ezequiel, plenamente consciente de que en esas cuentas se estaba ingresando, ilícitamente y sin ningún motivo comercial, dinero proveniente del Ayuntamiento, dispusiera libremente para sí y para la empresa de la que era administrador (Químicos del Ulla S. L.) y/o con su autorización, puesto que era el titular, permitiera disponer, del referido dinero por cuantía de 26.125,78 €.

Tercero.

EN RELACIÓN A LA ACUSADA Berta.

1° En la cuenta en la que es titular Berta, antes los bancos actuaba su marido Ezequiel.

2° La entidad Químicos del Ulla pertenecía a la esposa de Ezequiel, a la acusada Berta, al acusado Indalecio y al contable, en paradero desconocido, Adrian.

3°. El acusado Ezequiel, transfería el importe de dinero procedente del Ayuntamiento a cuentas que pertenecían, entre otros, a los acusados Indalecio y Berta. En concreto a la cuenta de la que él era autorizado y titular su esposa, con régimen matrimonial, desde la constitución de la sociedad Químicos del Ulla, de separación de bienes, Berta, transfirió la cantidad total de 26.125,78,00 € de los que Berta disfrutó desconociendo su procedencia ilícita. En dicha cuenta Berta disponía de tarjeta para mover fondos de dicha cuenta, sin que conste hiciera reintegros en efectivo, ni hiciera gestiones presenciales en el banco, y percibía la nómina de su trabajo de la que la empresa todos los meses le daba constancia documental.

4°. No ha quedado acreditado que Berta conociera la procedencia ilícita del dinero transferido a dicha cuenta ".

Segundo.

La Parte Dispositiva de la Sentencia reza así:

"Condenamos a Ezequiel, como autor de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 apartados primero y segundo del Código Penal, en la redacción dada por Ley Orgánica 15/2003, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes de disminución de los efectos del delito del art. 21. C.P. y analógica de confesión del art 21.5 en relación con el 21.7 C.P., a la pena de dos años y nueve meses de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la pena de inhabilitación absoluta durante ocho años. En concepto de responsabilidad civil, y sin perjuicio de la responsabilidad contable dirimida y en ejecución por el Tribunal de Cuentas, el acusado indemnizará al Ayuntamiento en la cantidad de 154.565,06 euros. Se imponen al acusado la tercera parte de las costas causadas incluidas las de la acusación particular.

Absolvemos al acusado Indalecio del delito de malversación de caudales públicos por el que había sido acusado. Se declaran de oficio la tercera parte de las costas causadas.

Absolvemos a Berta del delito de malversación de caudales públicos objeto de acusación. En concepto de responsabilidad civil, coma partícipe a título lucrativo, responderá solidariamente con Ezequiel hasta el límite de 26.025,82 €. Se declaran de oficio la tercera parte de las costas causadas.

Únase a esta resolución el acta del veredicto del Jurado."

Tercero.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el condenado, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que dictó Sentencia, con fecha 7 de octubre de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"1º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado don Ezequiel contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2018 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el Procedimiento de Tribunal del Jurado 26/2018.

2ª Imponer las costas procesales del recurso al recurrente.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra ella pueden interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándolo en esta Sala de lo Civil y Penal dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación que se haga de la misma, incluida la del acusado en su persona".

Cuarto.

Notificada la Sentencia a las partes, se preparó por el condenado recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Ezequiel.

Motivos primero a cuarto (sin clara distinción).- Por infracción de ley al amparo del art. 846 bis c) letra a) y b) LECrim por indebida aplicación de los arts. 21.4, 21.5 21.6 y 21.7 CP y 66 CP.

Quinto.

El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto solicitando su desestimación. La representación del Ayuntamiento de Lousame igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día 15 de diciembre de 2021, con asistencia de los letrados recurrentes D. José Manuel Soborido Martínez que informó defendiendo su recurso, y el letrado de la parte recurrida D. José María Roibal Vázquez que se ratificó en su oposición al recurso, informando en tal sentido. El Ministerio Fiscal impugnó igualmente el recurso informando oralmente para insistir en los argumentos volcados en su escrito obrante en el rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Orillando sus equivocadas referencias normativas (cita de los preceptos atinentes al recurso de apelación en lugar de la casación) lo que el Fiscal se preocupa de denunciar -se trata de una deficiencia formal inhábil para arrastrar al drástico remedio de la inadmisión en virtud del principio del favor actionis (art. 11.2 LOPJ)-; reconduciendo los motivos a su marco procesal procedente (art. 849.1º LECrim); y reformateando las alegaciones, no totalmente diferenciadas como exigiría el principio de debida separación de motivos; podemos identificar en el escrito de recurso cuatro pretensiones impugnativas autónomas aunque en cierto modo paralelas. Comparten el mismo objetivo: la disminución de la duración de la pena privativa de libertad impuesta.

De una parte, se quiere dotar a las atenuantes apreciadas (reparación y confesión) del rango de cualificadas. Serían los dos primeros motivos (alegaciones tercera y cuarta).

De otra, se reclama la apreciación de una tercera atenuante: dilaciones indebidas (alegación quinta).

Por fin, se entiende que la pena debiera haber sido reducida en dos grados en lugar de uno, como hizo la sentencia confirmada en este extremo por el Tribunal Superior de Justicia al resolver la apelación, por virtud del juego tanto de las atenuantes apreciadas como de la que debiera añadirse.

Segundo.

En una primera aproximación argumentativa el recurso enfatiza que los hechos determinantes de las atenuantes apreciadas obtuvieron el respaldo unánime del jurado.

Ese dato es neutro a todos los efectos. Obtenida la mayoría necesaria, el hecho queda probado (aunque sea con el número mínimo de votos exigido). Y, en sentido inverso, si no se obtiene ese quorum, la proposición no puede darse por acreditada, aunque solo faltase un voto. La unanimidad no hace que un hecho esté más o menos probado; mucho menos, que una atenuante deba ser considerada cualificada o no. Ni una eximente completa, descartada por la falta de un voto, puede convertirse en incompleta si esa segunda alternativa no obtiene a su vez, al menos, cinco votos.

Son planos absolutamente diferentes. Se puede obtener la unanimidad para unos hechos integrantes de una atenuación simple y así deberá ser apreciada. Y puede aprobarse por una mayoría muy justa (solo cinco votos) los hechos determinantes de una atenuante cualificada para que la misma deba traspasarse inexorablemente del veredicto a la sentencia. Aquélla no puede convertirse en cualificada por contar con una aprobación unánime; ni ésta degenerar en simple como solución de compromiso a lo discutido y apretado de la decisión.

Tercero.

Por otra parte, y también como observación transversal y preliminar, ha de resaltarse que los motivos que reclaman o la apreciación de una nueva atenuante o la cualificación de las ya apreciadas no cancelan el margen legal de discrecionalidad en la individualización penológica.

En efecto, el art. 66.1.1ª CP equipara todos los supuestos en que concurren varias atenuantes simples o una o varias, todas cualificadas o simples y privilegiadas. Asigna un mismo efecto para todos esos casos legalmente asimilados: degradación de la pena en uno o dos grados en atención al número y entidad de las circunstancias. Por tanto, hasta cierto punto, atribuir el carácter de cualificada a alguna o algunas de las atenuantes simples apreciadas; o añadir alguna atenuante más, no varía en exceso la perspectiva legal, en tanto la entidad de la atenuante (es decir su intensidad o peso) han de derivarse de los datos que constan y que no son negados ni por la sentencia ni por las partes.

Cuando solo concurre una atenuante tendrá mucha relevancia determinar si se le dota del rango de cualificada en tanto la consecuencia legal será muy distinta. Pero cuando son varias, la cuestión pierde casi absolutamente cualquier trascendencia: su entidad ha de ser valorada -sea o no cualificada- para determinar cuánto se debe degradar la pena. Es posible que concurren dos circunstancias simples pero de enorme peso y el Tribunal opte legítimamente por rebajar dos grados la pena; y cabe también que concurren dos cualificadas o tres simples y el Tribunal rzone que su potencialidad individual es muy tenue y se decante por una única degradación. Ambas decisiones serán legales si están debidamente razonadas. No estamos ante un problema aritmético, sino de discrecionalidad razonada.

En consecuencia, apreciar una nueva atenuante -como la de dilaciones indebidas- cuyo soporte ya puede ser tomado en consideración a nivel de individualización vía art. 66 CP, puede considerarse irrelevante para una variación en el quantum penológico.

Esta observación lastra enormemente el debate que se trae a casación. Hipotéticamente podríamos acoger todos los motivos, pero considerar que la pena sigue resultando proporcionada y adecuada al desarrollo de los hechos tal y como están narrados en la sentencia, en relato sobre el que no se produce discrepancia alguna.

Cuarto.

Ni el Magistrado Presidente, ni el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación, estimaron que las dos atenuantes apreciadas tuviesen entidad suficiente para determinar ni una doble rebaja penológica ni el establecimiento del mínimo del grado inferior; ni para considerar cualificada a ninguna de ellas.

No se trata de una decisión arbitraria.

Opone a ello el recurso, en lo relativo a la atenuante de reparación, que el acusado tuvo que solicitar un préstamo para poder restituir parcialmente la cantidad defraudada, lo que revelaría un especial esfuerzo. Sin duda. Pero, desde luego, no tan acentuado como para compensar lo que supone el carácter incompleto de la reparación a efectos de su valoración. No llega ni a la mitad del monto defraudado, cercano a los 300.000 euros. Resulta paradójico (nótese que jugamos con la legislación anterior a la reforma de 2015) que quien hubiera malversado, v.gr, cinco mil euros entorpeciendo el servicio público y no devolviese nada, mereciese una pena notablemente superior a quien finalmente ha visto incrementado su patrimonio a costa del erario público en más de ciento cincuenta

mil euros no devueltos, pero se le aprecia una atenuante de reparación por lo retornado. La paradoja se antoja insoportable si, además, se le otorgase a esa restitución fragmentaria la eficacia privilegiada que reivindica el impugnante.

Si, además, tenemos en cuenta que aunque cediésemos en ese punto, con indulgencia poco justificable, no se vería afectado el razonamiento vertido por los Tribunales competentes para fijar la penalidad (la reparación es solo parcial y no ha sido inmediata), y no habría por qué variar la cuantificación punitiva establecida, se verá que la pretensión es inacogible también por razones de practicidad.

Las sentencias invocadas en el recurso -se intuye que solo han podido ser obtenidas tras una ardua búsqueda en las bases de datos, incluida la jurisprudencia menor, pues su paralelismo con el caso analizado es más que forzado- no hacen variar ese criterio.

Sexto.

En cuanto a la atenuante analógica de confesión aplicada, el sentido común abona igual respuesta: no concurren especiales elementos que la puedan distanciar de la atenuante simple. Más bien sucede al contrario en cuanto no se produjo una confesión detallada que permitiese eludir toda investigación: fue necesaria para cuantificar el alcance una laboriosa tarea de auditoría. La instrucción fue relativamente compleja y reveló datos (hechos de 2010) que en los primeros momentos el recurrente había ocultado.

Por lo demás, la confesión carece de espontaneidad. Se produce en un contexto en que el acusado percibe como inevitable el descubrimiento de los hechos. No hace eso decaer la atenuante -que es introducida con la muleta de la analogía (art. 21.7)-, pero sí dificulta, hasta hacerlo inviable, anudarle una eficacia privilegiada.

Séptimo.

Se reclama también la atenuante simple de dilaciones indebidas.

Aunque se concediese, tampoco habría razones para estimar que no desequilibraría la ponderación penológica efectuada en la instancia. Ni hay perjuicios especiales (más bien lo contrario: en tanto pende el proceso el condenado ha mantenido unas retribuciones no desdeñables sin desempeñar trabajo alguno, situación que objetivamente le convenía prolongar como manifestó sagazmente en su informe la acusación particular); ni puede calificarse de extraordinaria la duración en atención a la relativa complejidad del asunto; ni se señalan plazos de paralización; ni se constata perjuicio significado (la tramitación más lenta ha abierto quizás las puertas para la conducta integrante de la atenuante de reparación); ni, de apreciarse la atenuante, contaríamos con dato relevante para ir más allá de la única degradación acordada.

No basta con que el acusado no haya entorpecido la marcha del proceso, lo que nadie le reprocha. La atenuante se rechaza por otras razones, no como oculta sanción a una inexistente actitud entorpecedora.

Octavo.

No se cuestiona, por fin, la conformidad con la legalidad estricta del quantum penológico concreto. El Magistrado Presidente ha rebajado la pena un grado. Razona por qué no le parecía oportuna mayor degradación.

La decisión está razonablemente motivada y se acomoda a parámetros legales. Esa doble constatación hace inviable su revisión en casación y determina la improsperabilidad del recurso.

Recreemos más esta idea.

La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar las decisiones razonadas y razonables del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

Excede de las atribuciones de un Tribunal de casación redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos en facultades discrecionales de la Audiencia Provincial o, en este caso, del Presidente del Tribunal del Jurado. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas legales de individualización. En ese reducto último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde a la Audiencia. No puede ser usurpada por el Tribunal de casación.

La opción valorativa del recurrente podría ser tan legítima y defendible como la de la Magistrado-presidente; como seguramente podrían serlo u otras imaginables que postulasen una pena superior. Pero la competencia para la fijación corresponde, obviamente al Tribunal y no a la defensa, ni a las acusaciones; ni, tampoco, al Tribunal de casación.

El órgano a quo ha de exteriorizar los porqués de su decisión, para que pueda comprobarse que se ajustan a pautas legales y racionales y no a simple intuición, o desnudo decisionismo. Esta exigencia proporciona las bases para una cierta fiscalización en vía de recurso que no llega al punto de poder sustituir de forma voluntarista la pena impuesta por el Magistrado Presidente y refrendada por el Tribunal superior de Justicia por otra aunque fuese apoyada en apelación por el Fiscal. Eso desborda el contenido legal posible de un motivo de casación por infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

El legislador considera proporcionado ese arco penológico. La Magistrado-Presidente, respetándolo, ha elegido la duración que razonadamente le ha parecido adecuada exponiendo sus argumentos. No puede afirmarse que estemos ante una pena desproporcionada; ni en abstracto, ni en concreto. Tampoco lo entendió así el Tribunal Superior de Justicia.

Para optar por la rebaja en uno o dos grados los criterios ofrecidos por el legislador vienen establecidos en el art. 66 CP: el número y entidad de las atenuantes. No han sido desatendidas. Por otra parte, dentro del grado inferior el órgano judicial ofrece razones atendibles para la elección concreta: dos años y nueve meses. Los hechos son de gravedad no desdeñable: elocuentes a este respecto fueron las consideraciones que vertió en un informe en la vista el Fiscal sobre el máximo penológico a que podría llegarse con la normativa vigente.

Ciertamente sería igualmente legal una pena de dos años; como lo sería una de tres años. Pero el ejercicio de esa discrecionalidad atinente al quantum está confiado por la ley al órgano de instancia. Habiéndose ejercido de forma razonable, no arbitraria, y fundada y motivada, no podemos expropiar esa facultad en favor nuestro.

El recurso ha de ser desestimado.

Noveno.

La desestimación del recurso obliga a la condena al pago de las costas procesales (art. 901 LECrim).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por Ezequiel contra la Sentencia de fecha 7 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, resolviendo recurso de apelación contra la Sentencia nº 493/2018 de fecha 5 de diciembre de 2018 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de La Coruña en causa Tribunal del Jurado 943/12 procedente del Juzgado de Instrucción de Noia en causa seguida por un delito de malversación de caudales públicos.

2.- Imponer a Ezequiel el pago de las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Pablo Llarena Conde

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

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.