

EDJ 2007/18000

Tribunal Supremo Sala 2ª, S 14-3-2007, nº 208/2007, rec. 1159/2006

Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

Resumen

La condenada en instancia, concesionaria de establecimiento de administración de loterías, como autora de un delito de malversación de caudales públicos interpone recurso de casación, alegando, entre otros motivos, vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo que demuestre que sustrajera caudales públicos o que consintiera que otro lo hiciera y por incorrecta utilización de la prueba de indicios. Señala el TS que según los hechos probados, la acusada dejó la administración de loterías en manos de su esposo mientras ella se recuperaba de dos intervenciones quirúrgicas. No existe ninguna prueba, continúa la Sala, del conocimiento por parte de la acusada de que las liquidaciones de los sorteos de 22 de diciembre de 2003 y de 6 de enero de 2004 no se efectuaron como era debido. Resta examinar si la mera omisión en el control de la marcha del establecimiento de administración de loterías puede considerarse típica. El art. 432 CP 95 contempla una conducta omisiva, consentir que otro sustraiga, además de la activa, sustraer, de manera que el tipo objetivo se completa con la mera omisión de las cautelas obligadas por parte de quien tiene la responsabilidad del depósito, custodia o administración de los caudales públicos, siempre que de ella se desprenda la sustracción del tercero, pero para ello es preciso el conocimiento de la existencia de la sustracción, o al menos de la alta probabilidad de que se produzca. En el caso de autos, entiende el Tribunal, tal olvido de las responsabilidades contraídas no puede ser apreciado, pues la recurrente no abandonó la gestión desentendiéndose de la misma, sino que la depositó en su esposo, es decir, en una persona que en ese momento era de su absoluta confianza, sin que en la sentencia consten elementos objetivos que autoricen a exigir que debiera ponerla en duda, y permitan establecer alguna clase de responsabilidad penal por esa vía, sin perjuicio de las consideraciones que pudiera merecer tal decisión desde el punto de vista

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

art.249 , art.250.1 , art.252 , art.432

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.24

ÍNDICE

| | |
|------------------------------|---|
| ANTECEDENTES DE HECHO | 2 |
| FUNDAMENTOS DE DERECHO | 4 |
| FALLO | 6 |
| SEGUNDA SENTENCIA | 6 |

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

APROPIACIÓN INDEBIDA ELEMENTOS Y CIRCUNSTANCIAS Objeto de la apropiación Dinero

Circunstancias de la apropiación Depósito Otros

AUTORA AUTORÍA POR OMISIÓN

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS MALVERSACIÓN Sustraer o consentir que otro sustraiga Supuestos diversos

Dar ocasión a la sustracción por abandono o negligencia inexcusables Supuestos diversos

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y

TRIBUNALES Presunción de inocencia Prueba apta para enervarla Prueba de indicios

PROCESO PENAL PRUEBA Medios Prueba de indicios Valor probatorio

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Condenado, Ministerio Fiscal; Desfavorable a: Condenado, Ministerio Fiscal

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación Aplica art.249, art.250.1, art.252, art.432 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.24, art.66.6, art.67, art.72, art.120, art.123, art.435.2 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita O de 12 septiembre 1980

Cita art.6.2 de Conv. de 4 noviembre 1950. Convenio Europeo para la Protección Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Cita art.14.2 de Instr. Ratif de 19 diciembre 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Cita art.11 de Decl. de 10 diciembre 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos

Cita art.239, art.240, art.849.1, art.849.2, art.899 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Jurisprudencia Resuelve el recurso interpuesto contra SAP Málaga de 4 abril 2006 (J2006/390143)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 6 octubre 2008 (J2008/264871)

Citada en el mismo sentido por SAP Santa Cruz de 3 octubre 2008 (J2008/280453)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 4 septiembre 2008 (J2008/348754)

Citada en el mismo sentido por SAP Sevilla de 22 mayo 2009 (J2009/140779)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 22 enero 2009 (J2009/23393)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 8 abril 2009 (J2009/294342)

Citada en el mismo sentido por SAP Granada de 8 abril 2009 (J2009/37902)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 12 septiembre 2011 (J2011/233238)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 10 octubre 2011 (J2011/267157)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 24 octubre 2011 (J2011/267195)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 25 mayo 2012 (J2012/162264)

Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 16 febrero 2012 (J2012/76706)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Prueba apta para enervarla - Prueba de indicios STS Sala 2ª de 4 abril 2003 (J2003/25302)

Cita en el mismo sentido sobre DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS - DERECHO A LA TUTELA DE JUECES Y TRIBUNALES - Presunción de inocencia - Prueba apta para enervarla - Prueba de indicios STS Sala 2ª de 11 junio 2002 (J2002/20184)

Cita en el mismo sentido STC Sala 2ª de 14 junio 1999 (J1999/11276)

En la Villa de Madrid, a catorce de marzo de dos mil siete.

En los recursos de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, que ante Nos penden, interpuestos por Ismael y Dolores, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Tercera), con fecha cuatro de abril de dos mil seis, en causa seguida contra los mismos por un delito de malversación de caudales públicos, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, siendo partes recurrentes los acusados Ismael representado por la Procuradora Dª Gloria Messa Teichman y Dolores representada por la Procuradora Dª Flora Toledo Hontiyuelo. Siendo partes recurridas el Ilustrísimo Sr. Abogado del Estado y la compañía “Seguros y Reaseguros A., S.A.” representada por la Procuradora Dª Magdalena Cornejo Barranco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número uno de los de Vélez-Málaga, incoó Procedimiento Abreviado con el número 12/2005 contra Dolores y Ismael, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Tercera, rollo 61/2005) que, con fecha cuarto de abril de dos mil seis, dictó sentencia EDJ 2006/390143 que contiene los siguientes Hechos Probados:

”Se declaran como tales los que integran el siguiente relato: En aplicación de la Orden de 12 de septiembre de 1980 sobre provisión de Administraciones de Loterías EDL 1980/4066, en el año 1999, sin que pueda precisarse más la fecha, un Patronato del que forman parte un jefe del servicio nacional de loterías, un jefe de sección del servicio nacional de loterías, un Abogado del Estado asesor jurídico del servicio nacional de loterías y dos vocales de libre designación del Ministro de Hacienda, propuso al citado Ministerio, que aceptó, la adjudicación por concurso de la Administración de Loterías número 29/094/0006, de Vélez-Málaga (Málaga) a la hoy acusada, Dolores, mayor de edad y sin antecedentes penales.

El día 20 de junio de 2003, la citada acusada contrajo matrimonio civil en Estepona (Málaga) con el también acusado en esta causa, Ismael, mayor de edad y sin antecedentes penales. Ambos estaban divorciados y se habían conocido dos años antes, frecuentando Ismael la Administración de Loterías, en un principio como asiduo cliente, para luego preocuparse de su funcionamiento como pretendiente sentimental de la titular.

Tras la celebración del matrimonio referido, Ismael poco a poco empezó a encargarse de la gestión de la administración, pues Dolores sufrió dos intervenciones por cervicalgia con anterioridad a diciembre de 2003 y ni acudía al establecimiento, ni hacía uso del mecanismo legal previsto para estos casos de solicitar de la Entidad Pública Empresarial de Loterías y Apuestas del Estado (L.A.E.) el nombramiento de un sustituto.

La normativa sobre el particular permite conocer que la comercialización de los Juegos del Estado gestionados por L.A.E. se realiza en todo el territorio nacional a través de su Red de Ventas. Dentro de ésta, la denominada Red Básica está compuesta, además de por Establecimientos Receptores de apuestas, por Administraciones de Loterías, esto es, establecimientos comerciales de carácter exclusivo, abiertos al público cuyo titular es una persona física que gestiona la venta de la Lotería Nacional y de los Juegos Activos (las diversas modalidades de Lotería Primitiva y la Apuesta Deportiva).- Aunque las liquidaciones se realizan habitualmente con periodicidad semanal, no es así en el caso que nos ocupa, ya que las liquidaciones incluyen los Sorteos Extraordinarios del Navidad (sorteo 102/03, celebrado el 22 de diciembre de 2003) y de El Niño (sorteo 2/04, celebrado el 6 de enero de 2004).

El mecanismo de actuación consiste en que las Administraciones de Lotería reciban, con antelación suficiente a la fecha del sorteo en el que participan, los billetes de Lotería Nacional que pondrán a la venta. Una vez recibida la consignación, la Lotería puede ser puesta a la venta por lo que, en una misma semana, una Administración de Lotería puede vender décimos correspondientes a sorteos de esa misma semana y de otras posteriores.

La venta en mayor o menor proporción de las consignaciones correspondientes a los sorteos de la semana en curso (jueves y sábado) genera un saldo semanal a favor de Loterías y Apuestas del Estado que posteriormente, el Administrador deberá liquidar (ingresar en el Tesoro).

Cuando la recaudación de lo vendido no es suficiente para abonar los premios a los agraciados se hace uso del sistema de “cheques”. Las Órdenes de Pago de Cheques Bancarios denominadas “cheques”, se emiten contra una cuenta corriente del Tesoro Público y general, por lo tanto, un saldo acreedor a favor de esta Entidad. Mediante estos “cheques” el titular de la Administración dispone de fondos que proporcionados por Loterías y Apuestas del Estado, le permiten pagar premios de un determinado importe.

Pese a que Dolores estaba obligada a ingresar, semanalmente, a favor de la Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado (L.A.E.), el saldo favorable correspondiente a la liquidación de cada sorteo de Lotería Nacional y de Juegos Activos, no lo hizo tras los sorteos mencionados y, escudándose en la colaboración consciente Ismael, que de buen grado pretendió asumir en exclusiva la responsabilidad, sustrajo la recaudación utilizando principalmente del sistema de “cheques” aludido, por lo que acumuló un descubierto con el Tesoro Público, que motivó la realización de una inspección por la parte del L.A.E. el 14 de enero de 2004.

Como consecuencia de dicha visita de inspección a la referida Administración de Loterías, de ajustes contables y de la lectura y

comprobación de sorteos posteriores a la inspección, se detectó que el descubierto definitivo al Tesoro Público por Lotería Nacional generado en diversos Sorteos desde el Sorteo núm. 101-102/2003 hasta el Sorteo 8/2004, ascendía a la cantidad de 325.754,22 Euros.

Loterías y Apuestas de Estado requirió a la imputada a fin de que procediera a ingresar el importe del descubierto a favor del Tesoro Público en el plazo de cinco días contados desde la señalada visita de inspección, sin que lo verificara ni en dicho plazo ni en ningún momento posterior.

A este saldo, que se compone de las partidas que se indican a continuación, se llega de la siguiente forma:

a) Descubierto provisional según el Actas de la Inspección 294.701,06 euros. Este descubierto se compone de las siguientes partidas: Liquidación de los sorteos 101-102/2003, de fecha 18 y 22 de diciembre: Venta provisional del sorteo 101/2003-1.230,00 euros.

Venta provisional del sorteo de 102/2003 (Sorteo de Navidad) 236.400,00 euros.

Premios pagados en los sorteos 101-102/2003- 1.668,00 euros.

Comisiones líquidas de los sorteos 101-102/2003-7.248,13 euros.

Ingresos realizados en la cuenta del sorteo 102/2003 - 13.655,00 euros.

Importe total del recibo de los sorteos 101-102/2003 pasado al cobro el 24-12-2003.....215.058,87 euros.

Saldo en cuenta de operaciones al pasar el recibo 899,38 euros.- Importe pendiente de pagar del recibo de los sorteos 101-102/2003.....214.159,49 euros.

Liquidación de los sorteos 01-02/2004, de fechas 1 y 6 de enero: Venta provisional sorteo 1/2004- 1.560,00 euros.

Venta provisional sorteo 2/2004 (Sorteo del Niño) 91.200,00 euros.

Disposiciones de fondos (importe de cheques utilizados de la cuenta de LAE para pago de décimos) 110.000,00 euros.

Premios pagados en los sorteos 01-02/2004- 51.536,00 euros.

Comisiones líquidas de los sorteos 01-02/2004 - 5.549,64 euros.

Importe total del recibo de los sorteos 01-02/2004 pasado al cobro el 9-1-2004.....145.674,36 euros.

Saldo en cuenta de operaciones al pasar el recibo 24.621,94 euros.

Importe pendiente de pagar del recibo de los sorteos 01-02/2004.....121.052,42 euros.

Saldo en cuenta de operaciones el día del acta de Inspección 34.652,85 euros.

Importe de los décimos pagados en la semana del acta de inspección 13.316,00 euros.

Ventas de sorteos pendientes de celebración, en la fecha del acta de Inspección: Venta del sorteo 5/2004...1.356 QO euros.

Venta del sorteo 06/2004....5.736,00 euros. Venta del sorteo 08/2004.....366,00 euros.

Total ventas de sorteos pendientes de celebración....7.458,00 euros.

Total descubierto provisional.....294.701,06 euros.

Movimientos posteriores al día 14 de enero de 2004 (a descontar o sumar al descubierto provisional): Cheque para pago de premios utilizado por la Administración de Loterías en el sorteo 06/2004, no reflejado en el acta de inspección 5.000,00 euros.

Comisión líquida sobre pagos y ventas de los sorteos 05-06/2004, no descontada en el acta de Inspección.....554,59 euros.

Comisión líquida sobre venta provisional de los sorteos Loterías y Apuestas del Estado 7/08/2004, no descontada en el acta de Inspección 559,67 euros.

Regularización de comisión de ventas de los sorteos 07/08/2004, sobre ventas definitivas, no descontada en acta de inspección 539,34 euros.

Recibo de Juegos Activos de la semana 02/20224, cobrado del saldo en cuenta de operaciones.... 16.055,10 euros.

Recibo de Juegos Activos de la semana 03/2004, cobrado del saldo en cuenta de operaciones.... 16.055,10 euros.

Abono a la Administración de Loterías en el sorteo 18/2004 de las comisiones por incremento y participación en la venta del Sorteo de Navidad 2003 1.084,59 euros.

Abono de atrasos por nuevo porcentaje de comisión sobre ventas de Juegos del Estado, realizado los días 30 y 31 de marzo de 2004, 1.103,16 euros.- Descubierto definitivo en concepto de Lotería Nacional 325.754.22 euros.

Como consecuencia del expresado descubierto Tesoro Público producido por los acusados, la compañía de seguros “Seguros y Reaseguros A., S.A.” en base a la Póliza Colectiva de Seguro de Afianzamiento núm. 22.500.267 de la que son tomadores los Administradores de Loterías, y, entre ellos, la hoy imputada, y asegurado- beneficiario la entidad pública empresarial Loterías y Apuestas del Estado, indemnizó a dicho Organismo en la cantidad de 325.754,22 Euros, en concepto de afianzamiento por el descubierto correspondiente a la Lotería Nacional.” (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

”Fallamos.- Que debemos condenar y condenamos a los acusados, Dolores y Ismael, como autores criminalmente responsables de un delito de Malversación de caudales públicos ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a las penas de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la de la pena de inhabilitación absoluta durante doce años, a cada uno de ellos, y a al pago de las costas de este juicio, con inclusión de las devengadas por la acusación particular del Ilmo. Sr. Abogado del Estado, por mitad. Todo ello sin perjuicio del derecho de la compañía aseguradora, entidad “Seguros y Reaseguros A., S.A.”, a ejercitar su derecho de repetición en donde corresponda, para obtener el reintegro de la cantidad de 325.754,22 Euros, con los correspondientes intereses legales.” (sic)

TERCERO.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, por las representaciones de Dolores y Ismael, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Dolores se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de Precepto Constitucional del artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879 Español referente a la tutela judicial efectiva, a la indefensión y al derecho a un proceso público con todas las garantías.

2.- Por infracción del Precepto Constitucional referente al principio de derecho a la defensa y de ser informado de la acusación formulada.

3 y 4.- Infracción del Precepto Constitucional del artículo 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 Español referente a la presunción de inocencia, por falta de prueba.

5 y 6.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 432.1 y 432.2 del Código Penal EDL 1995/16398 .

7.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 27 y 28 del Código Penal en relación con los artículos 432.1, 2 y 435.2.10 y 11 del Código Penal EDL 1995/16398.

8, 9 y 10.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por error en la apreciación de la prueba que resultante de documento.

11.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por infracción de los artículos 66.6, 67 y 72 y artículos 24 y 120. del Código Penal EDL 1995/16398.

12 y 13.- Renunció a su formalización.

14.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 , por aplicación indebida del artículo 123 EDL 1995/16398 en relación con el 239 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente Ismael se basó en los siguientes motivos de casación:

1.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación indebida del artículo 432 del Código Penal.

2.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal EDL 1882/1 .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal, lo impugnó; quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para Vista, se celebró el día siete de marzo de dos mil siete.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Dolores

PRIMERO.- La recurrente ha sido condenada como autora de un delito de malversación de caudales públicos a la pena de siete años de prisión a inhabilitación absoluta de doce años. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando once motivos de los que examinaremos en primer lugar y conjuntamente los motivos tercero y cuarto, en los que denuncia vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de prueba de cargo que demuestre que sustrajera caudales públicos o que consintiera que otro lo hiciera y por incorrecta utilización de la prueba de indicios.

El derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE EDL 1978/3879 implica que toda persona acusada de un delito debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos EDL 1948/48 ; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales EDL 1979/3822 , y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos EDL 1977/998). Esto supone que es preciso que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, cuya iniciativa corresponde a la acusación, que desvirtúe racionalmente esa presunción inicial, en cuanto que permita declarar probados unos hechos y la participación del acusado en ellos. En este sentido, como se decía en la STC núm. 111/1999 EDJ 1999/11276 , el derecho a la presunción de inocencia “supone que cuando el Estado ejercita el “ius puniendi” a través de un proceso, debe estar en condiciones de acreditar públicamente que la condena se ha impuesto tras la demostración razonada de que el acusado ha cometido realmente el concreto delito que se le atribuía, a fin de evitar toda sospecha de actuación arbitraria”.

La alegación de su vulneración en el recurso de casación puede ir orientada a negar la existencia de prueba; a negar la validez de la existente; a negar el poder probatorio o demostrativo de la prueba existente y válida, o a cuestionar la racionalidad del proceso valorativo efectuado por el Tribunal sobre las pruebas disponibles. Ante esta alegación, esta Sala del Tribunal Supremo debe realizar una triple comprobación. En primer lugar que el Tribunal de instancia ha apoyado su relato fáctico en pruebas relativas a la existencia del hecho y a la participación del acusado en él. En segundo lugar, que las pruebas son válidas, es decir, que han sido obtenidas e incorporadas al juicio oral con respeto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica. Y en tercer lugar, que la valoración realizada para llegar a las conclusiones fácticas que son la base de la condena, teniendo en cuenta el contenido probatorio de la prueba de cargo disponible, no se aparta de las reglas de la lógica, de las enseñanzas de la experiencia y de los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos y que no es, por lo tanto, irracional o manifiestamente errónea.

Para que la prueba de indicios pueda enervar válidamente la presunción de inocencia, la jurisprudencia de esta Sala exige que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados; que se relacionen reforzándose entre sí, y que de su valoración conjunta fluya de modo natural la conclusión relativa a la existencia del hecho que se pretende acreditar, con respeto al recto criterio humano racional, ajustándose por lo tanto a las reglas de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia y sin

vulnerar los principios científicos comúnmente aceptados cuando se haya recurrido a ellos. Desde el punto de vista formal, es necesario que la sentencia exprese con claridad y precisión el juicio de inferencia.

La razonabilidad del juicio de inferencia no supone la imposibilidad de otras versiones distintas de los hechos, de manera que el Tribunal haya debido inclinarse por la única certeza posible (STS núm. 499/2003, de 4 de abril EDJ 2003/25302), pero sí exige que no se opte por una ocurrencia fáctica basada en una inferencia débil, inconsistente o excesivamente abierta, (STS núm. 1090/2002, de 11 de junio EDJ 2002/20184).

Por lo tanto, en cualquier caso el Tribunal debe valorar expresa y razonadamente las pruebas de cargo y de descargo, de forma que de la sentencia se desprenda el razonamiento que desde las pruebas disponibles conduce a la afirmación de unos determinados hechos como suficientemente probados.

En el hecho probado, el Tribunal, luego de situar los hechos en diciembre de 2003 y primeros de enero de 2004, establece que, tras la celebración del matrimonio el 20 de junio de 2003, el acusado fue poco a poco encargándose de la administración, pues la acusada sufrió dos intervenciones de cervicgia con anterioridad a diciembre de 2003 y ni acudía al establecimiento, ni hacía uso de la posibilidad de que fuera nombrado un sustituto. Más adelante se declara que la acusada, pese a que estaba obligada a ingresar semanalmente al saldo favorable correspondiente a cada sorteo, tras los celebrados el 22 de diciembre de 2003 y el 6 de enero de 2004 no lo hizo y, escudándose en la colaboración consciente Ismael (sic), que de buen grado pretendió asumir la responsabilidad, sustrajo la recaudación.

En la fundamentación jurídica, al examinar la prueba relativa a la participación de cada acusado, argumenta que fue el acusado quien de facto llevaba la gestión en la venta de los billetes de lotería en los meses de diciembre de 2003 y enero de 2004, de las operaciones bancarias y administrativas y quien dispuso indebida y realmente de los fondos públicos impagados. A pesar de ello, afirma, se estima que la acusada estaba totalmente de acuerdo.

Para justificar esta afirmación fáctica, el Tribunal tiene en cuenta en primer lugar, "la premura con la que se llevó a efecto la sustracción, apenas seis meses después de la celebración del matrimonio y en la primera ocasión de grandes sorteos, hacen pensar que la unión y la reciente ruptura pudieron formar parte de la estrategia delictiva". En segundo lugar, señala que la acusada no aparentaba ser tan superficial como podría hacer pensar alguna de sus respuestas, pues había superado un concurso y fue seleccionada por un competente jurado. En tercer lugar que es concedora de la magnitud del descubierto desde enero de 2004 y retrasó su comparecencia en el Juzgado hasta un año después.

En cuarto lugar que no han dado una versión verosímil del destino de los fondos. Aunque hasta el mes de diciembre de 2003 estuviera en cama a consecuencia de las dolencias que se reseñan, nada se ha acreditado respecto de ese mes y el siguiente, a pesar del testimonio de su hermano que el Tribunal considera insuficiente. Y además, no procedió a la designación de un sustituto. Finaliza el Tribunal afirmando que debe concluirse con la inferencia lógica que atribuye la sustracción al concierto de voluntades de ambos acusados.

Es cierto que el hecho de que la acusada fuera la titular del establecimiento supone un indicio en su contra que permite valorar inicialmente las sospechas de su intervención como serias e incluso como vehementes. Pero una sentencia condenatoria precisa una certeza suficiente, a la que se haya llegado a través de pruebas directas o de prueba indiciaria, siempre que la inferencia no sea excesivamente abierta o inconsistente, susceptibles en ambos casos de alguna clase de control respecto de la racionalidad de su valoración por vía de recurso.

En el caso, la instrucción se ha limitado a aportar la querrela, un informe pericial sobre el importe del descubierto, y las declaraciones de los imputados. En el juicio oral han declarado estos y los peritos, y además como testigos los empleados del establecimiento, y un hermano de la acusada.

Una vez establecido en la sentencia como algo acreditado tras la valoración de esas pruebas, que la acusada no acudía al establecimiento a causa de sus problemas de salud y que la administración la llevaba de facto el acusado ocupándose de la gestión en la venta de billetes y de las operaciones bancarias y administrativas, e incluso que fue éste quien dispuso indebidamente de los fondos, sería preciso algún elemento que permita establecer de modo racional, por lo tanto, más allá de toda duda razonable, la participación de la acusada.

También es cierto que los indicios deben ser valorados de forma conjunta y no aisladamente de uno en uno. Pero en cualquier caso, los elementos que el Tribunal menciona, incluso valorados en conjunto, carecen de suficiente poder demostrativo. En primer lugar, la premura con que se lleva a cabo la sustracción tras el matrimonio de ambos acusados, que el Tribunal valora como dato significativo de la intervención de ambos, puede significar igualmente que solo el acusado intervino en la sustracción, pues es desde dicho matrimonio cuando él se ocupa personalmente de la administración coincidiendo con la ausencia de la acusada a causa de su salud, sin que hasta esa fecha, desde 1999 en que se le adjudicó la administración de loterías, se hubiera detectado alguna anomalía en su funcionamiento. De otro lado, la ruptura a la que el Tribunal se refiere ha sido comprobada por esta Sala mediante el examen de la causa al amparo del artículo 899 de la LECrim EDL 1882/1 , pues consta que tras los hechos se produjo el divorcio de ambos acusados.

En segundo lugar, nada indica la percepción del Tribunal respecto a la superficialidad de la acusada, pues lo que resulta trascendente es su conducta respecto de los concretos hechos imputados y no su forma de ser. En tercer lugar, de la causa, y concretamente de las declaraciones del acusado se desprende una explicación razonable de la tardanza en comparecer, que finalmente se produjo por propia voluntad de la recurrente. En cuarto lugar, difícilmente podría dar una versión verosímil del destino de los fondos cuando sostiene no haber participado en su sustracción. Nada indica tampoco en sentido inculpatario que no procediera a promover la designación de un sustituto, cuando de hecho la administración la llevaba una persona que hasta ese momento era de su confianza. Y finalmente, aunque solo se haya acreditado documentalmente que, a consecuencia de las dolencias que se reseñan, no pudo acudir al establecimiento hasta el mes de diciembre de 2003, nada se ha acreditado respecto de su presencia en el mismo en ese mes o en el siguiente.

No existe, por otro lado, ninguna prueba acerca de su intervención anterior en la administración del establecimiento de la que pudiera deducirse, al menos, el conocimiento de que las liquidaciones de los sorteos de 22 de diciembre de 2003 y de 6 de enero de 2004 no se efectuaron como era debido.

Resta examinar si la mera omisión en el control de la marcha del establecimiento de administración de loterías puede considerarse típica. El artículo 432 del Código Penal EDL 1995/16398 contempla una conducta omisiva, consentir que otro sustraiga, además de la activa, sustraer, de manera que el tipo objetivo se completa con la mera omisión de las cautelas obligadas por parte de quien tiene la responsabilidad del depósito, custodia o administración de los caudales públicos, siempre que de ella se desprenda la sustracción del tercero.

Sin embargo, para ello es preciso el conocimiento de la existencia de la sustracción, o al menos de la alta probabilidad de que se produzca. En este sentido, el abandono de las citadas cautelas, necesarias para la custodia de los caudales, podría ser valorada.

Sin embargo, en el caso, tal olvido de las responsabilidades contraídas no puede ser apreciado, pues la recurrente no abandonó la gestión desentendiéndose de la misma, sino que la depositó en su esposo, es decir, en una persona que en ese momento era de su absoluta confianza, sin que en la sentencia consten elementos objetivos que autoricen a exigir que debiera ponerla en duda, y permitan establecer alguna clase de responsabilidad penal por esa vía, sin perjuicio de las consideraciones que pudiera merecer tal decisión desde el punto de vista administrativo.

Por lo tanto, en la sentencia no se aprecia la existencia de prueba de cargo que permita establecer, más allá de cualquier duda razonable, la participación de la acusada en los hechos, lo que determina la estimación del motivo y consecuentemente su absolución.

No resulta preciso el examen de los demás motivos del recurso.

Recurso de Ismael

SEGUNDO.- Condenado igualmente como autor de un delito de malversación de caudales públicos a las mismas penas que la acusada, interpone contra la sentencia recurso de casación formalizando dos motivos. En el primero de ellos, con amparo en el artículo 849.1º de la LECrim EDL 1882/1, denuncia la aplicación indebida del artículo 432.2 del Código Penal y en el segundo, por la misma vía de impugnación, sostiene que debió apreciarse la circunstancia atenuante en razón a no tener el carácter de funcionario público.

Examinaremos en primer lugar esta segunda alegación, pues se relaciona de alguna forma con la estimación del anterior recurso. Al estimar el recurso de la acusada hemos descartado que existiera prueba de su participación en los hechos enjuiciados. Siendo ella la única persona administrativamente responsable de la custodia y del destino de los caudales públicos, los hechos quedan reducidos a la confesada distracción de esos caudales por parte del acusado, quien no tenía el carácter de funcionario público, ya que su participación en la gestión del establecimiento de administración de loterías se hacía exclusivamente de facto y como esposo de la titular.

En ese concepto, el acusado no era meramente alguien que, con mayor o menor facilidad, tuviera acceso material a los caudales, sino que actuaba como un administrador de hecho autorizado por la verdadera titular con base en la confianza existente entre ambos, de forma que los habría recibido en administración. Ello permite calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción de dinero de los artículos 252 en relación con el 249 y 250.1.6 EDL 1995/16398 en atención al valor de la defraudación, toda vez que el acusado no es un extraneus que participa en el delito del funcionario, sino que es el único autor de la distracción. En atención a la gravedad del hecho se le impondrá la pena de cuatro años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros.

En este sentido, en cuanto pretendía que se reconocieran efectos a la ausencia del carácter de funcionario público, el motivo se estima. No se considera necesario el examen del primer motivo del recurso, al quedar sin contenido.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de Casación por infracción de Precepto Constitucional y de Ley, interpuesto por la representación de Dolores y que debemos estimar y estimamos parcialmente por acogimiento de su segundo motivo, el Recurso de Casación por infracción de Ley interpuesto por la representación del acusado Ismael ambos recursos contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Tercera, de fecha cuatro de abril de dos mil seis EDJ 2006/390143, en causa seguida contra ambos recurrentes, por un delito de malversación, casando la Sentencia de la Audiencia Provincial y procediendo a dictar segunda sentencia conforme a Derecho. Con declaración de oficio de las costas procesales.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de marzo de dos mil siete.

El Juzgado de Instrucción número uno de los de Vélez-Málaga incoó Procedimiento Abreviado número 12/2005 por un delito de malversación de caudales públicos contra Ismael, natural y vecino de Estepona (Málaga), nacido el día 24 de marzo de 1964, hijo de Miguel y de María, con D.N.I. núm. 000, sin antecedentes penales y de solvencia no acreditada y contra Dolores, natural y vecina de Madrid, nacida el día 24 de junio de 1971, hija de Luis y de Cristina, con D.N.I. núm. 001, sin antecedentes penales y de solvencia no

acreditada y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Málaga que con fecha cuatro de abril de dos mil seis dictó Sentencia EDJ 2006/390143 condenándoles como autores responsables de un delito de malversación de caudales públicos a las penas de siete años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por las representaciones legales de los acusados y que ha sido casada y anulada, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida EDJ 2006/390143 en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede absolver a la acusada Dolores del delito de malversación de caudales públicos.

Procede asimismo condenar al acusado Ismael como autor de un delito de apropiación indebida del artículo 252 en relación con los artículos 249 y 250.1.6 del Código Penal EDL 1995/16398, imponiendo la pena de cuatro años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros en atención a la gravedad del hecho.

PARTE DISPOSITIVA

Fallo: Que debemos absolver y absolvemos a la acusada Dolores del delito de malversación de caudales públicos, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra ella.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Ismael como autor de un delito de apropiación indebida ya definido a la pena de cuatro años de prisión y multa de ocho meses con cuota diaria de 6 euros, y a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia EDJ 2006/390143 no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Publicación.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079120012007100184