

**TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA
DE BALEARES
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

RECURSO DE APELACION AL JURADO Nº 5 /2009

Dimana de:

-Audiencia Provincial (Sección 1ª) Rollo nº. 1/09

-Causa: Tribunal del Jurado 1/08 del Juzgado de Instrucción nº 5 Palma

APELANTE: ACUSADO: JAVIER RODRIGO DE SANTOS LÓPEZ.

APELADO/APELANTE SUPEDITADO: MINISTERIO FISCAL.

SENTENCIA Nº 2/2.010

Presidente Excmo. Sr.

D. Antonio José Terrasa García

Magistrados Ilmos. Sres.

D. Francisco Javier Muñoz Jiménez

D. Antonio Federico Capó Delgado.

Palma, a dieciséis de Febrero de dos mil diez.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, integrada por el Presidente y los Magistrados expresados al margen, HA VISTO EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto en nombre y representación de JAVIER RODRIGO DE SANTOS LÓPEZ por el Procurador Don Antonio Cabot Llambías, con asistencia del Letrado Don José Ignacio Herrero Cereceda, contra la sentencia nº 66/2009 dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado Ilmo. Sr. Carlos Izquierdo Téllez en fecha 23 de septiembre de 2009, recaída en el Rollo nº. 1/2009 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca; en base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- La presente causa se incoa en virtud de Diligencias que el Juzgado de Instrucción nº cinco de Palma declaró de competencia del Tribunal del Jurado.

Declarada la apertura de juicio oral, El Ministerio Fiscal, en el trámite de calificaciones definitivas modificó sus conclusiones provisionales,

interesando la condena de Javier Rodrigo de Santos López como autor responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 y 74 del Código Penal, concurriendo la circunstancia atenuante de reparación del daño, a las penas de tres años y seis meses de prisión, inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años, costas y accesorias.

La Defensa del acusado también modificó sus conclusiones provisionales, interesando la condena de su patrocinado como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos, planteando tres alternativas sucesivas y subsidiarias: 1ª) delito del artículo 433 del Código Penal; 2ª) delito continuado del artículo 432.3 y 74 del Código Penal; y 3ª) delito del artículo 432.1 del Código Penal, sin continuidad delictiva. Planteó también la concurrencia de tres circunstancias modificativas: a) atenuante reparación del daño, del artículo 21.5ª del Código Penal, a apreciar como muy cualificada; b) atenuante analógica de arrepentimiento-confesión, del artículo 21.6ª en relación con el 21.5ª, ambos del Código Penal; y c) toxifrenia, a apreciar como eximente incompleta del artículo 21.1ª en relación con el artículo 20.2ª, ambos del Código Penal; o bien, subsidiariamente, como atenuante de grave adicción a sustancias estupefacientes, del artículo 21.2ª del propio Código, a apreciar como cualificada o, subsidiariamente, como atenuante simple; o bien subsidiariamente a las anteriores, atenuante analógica de drogadicción, del artículo 21.6ª en relación con el 21.2ª, ambos del citado Código. En tales alternativas, interesó la condena de su patrocinado a las siguientes penas: 1ª) de acogerse la calificación principal (malversación del artículo 433), la de 6 meses multa a razón de 3 € diarios y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses. 2ª) de acogerse la primera calificación subsidiaria (malversación del artículo 432.3), las penas de 5 meses y 7 días de prisión, 1 mes multa con idéntica cuota diaria y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 9 meses. Y 3ª) de acogerse la tercera calificación (malversación del artículo 432.1) la penas de 9 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año y 6 meses.

II.- Concluido el acto del juicio, el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, presidido por el Magistrado-Presidente Ilmo. Sr. Carlos Izquierdo Téllez, dictó la sentencia nº 66/2009 de fecha 23 de septiembre de 2009, que en su fallo establece que: *“Que debo condenar y condeno a Javier Rodrigo de Santos López como autor responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido, concurriendo las circunstancias atenuantes de reparación del daño y drogadicción, a las penas de dos años de prisión y cuatro años de inhabilitación absoluta, así como al pago de las costas procesales causadas en la instancia.*

Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, en el plazo de cinco días, contados desde la última notificación de esta sentencia.”.

III.- En dicha sentencia se declararon HECHOS PROBADOS por la decisión del Tribunal del Jurado, los siguientes: "I.-/Durante los años 2006 y 2007 el acusado Javier Rodrigo de Santos López era Concejal del Excmo. Ayuntamiento de Palma y Presidente de la sociedad municipal de capital público denominada Empresa Municipal de Proyectos y Obrass Urbanas – EMOP- y, por tal motivo, tenía acceso a fondos públicos y podía disponer de ellos para gastos de representación mediante la utilización de la Tarjeta Visa Bussines Plata número 4940 1431 0149 8171, asignada como presidente del EMOP, con cargo a la cuenta corriente número 0182 5747 44 0201503556, de la que es titular la referida Empresa Municipal. II.-/ Entre los meses de enero a octubre de 2006, en diferentes días y horas, en el local de masajes <Casa Alfredo>, sito en c/ Ramón Servera Moyà número 29 de Palma, Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta en un total de 81 cargos a la misma, dispuso en su propio beneficio de dinero público por un importe final de 28.468,79 €, cuya facturación se giró a nombre de Alfredo Gómez Ribalda, utilizándose para ello el Terminal Punto de Venta número 13352414, contratado con la entidad Banca March. Ninguno de los 81 cargos referidos, por sí solo, fue por importe superior a 4.000 €. III.-/ En diferentes días y horas del mes de noviembre de 2006, en el local referido, Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta en un total de 6 cargos a la misma, dispuso en su propio beneficio de dinero público por un importe final de 1.330 €, cuya facturación se giró a nombre de Deyan Delchev Ivanov, utilizándose para ello el Terminal Punto de Venta número 13352414-0, inicialmente a nombre de Alfredo Gómez Ribalda y que después quedó asociado al de Deyan Delchev Ivanov, encargado del local; terminal contratado con la entidad Banca March. IV.-/ Entre los meses de enero a junio de 2007, en el mismo local, Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta en un total de 37 cargos a la misma, dispuso en su propio beneficio de dinero público por un importe final de 20349 €, si bien la facturación se giró a nombre del establecimiento <<Lavandería Miele>>, sita en Paseo de Cala Major número 6, bajos, de Palma, propiedad del referido Alfredo Gómez Ribalda, utilizándose para ello el Terminal Punto de Venta número 1335368, contratado con la entidad Banca March. Ninguno de los 37 cargos referidos, por sí solo, fue por importe superior a 4.000 €. V.-/ En el mes de mayo de 2007, en local de alterne <<Prometeo>>, sito en Avda. Joan Alcocer número 4 de Palma, Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta en un total de 5 cargos a la misma, dispuso en su propio beneficio de dinero público por un importe final de 880 €. Dicha cantidad fue reintegrada a las arcas municipales por el acusado el día 14.06.07. VI.-/ El día 4 de enero de 2006, en el local de sauna <<Sabiniano Gómez Serrano>>, sito en c/ San Bernardo número 38 de Madrid, Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta, dispuso en su propio beneficio de dinero público mediante un cargo a la misma por importe de 350 €. VII.-/ El domingo 12.11.06, a las 13:32 horas, en el Hotel Barceló-Albatros (Mallorca), Javier Rodrigo de Santos López, utilizando la referida tarjeta, dispuso en su propio beneficio de dinero público mediante un

cargo a la misma por importe de 1.825 €. Solicitada por el departamento de contabilidad del EMOP la justificación del referido gasto, el día 24.01.07 el acusado reintegró a las arcas municipales la referida suma. VIII.-/ Javier Rodrigo de Santos López dispuso con cargo a la tarjeta en su propio beneficio y sin intención de devolverlas las cantidades de dinero referidas. IX.-/ El día 13.03.08, Javier Rodrigo de Santos López reintegró directamente a las arcas municipales la cantidad de 50.804 €, en la idea de que esa era la cantidad total de la que había dispuesto con cargo a la tarjeta, al ser la cantidad en que la Fiscalía de Baleares cifraba por entonces el total dispuesto. X.-/ El proceso judicial contra Javier Rodrigo de Santos López se inició el 13.03.08 mediante la querrela formulada ante el Juzgado por la Fiscalía de Baleares, la cual venía investigando los hechos con anterioridad a esa fecha, siendo conocida por el acusado dicha investigación de la Fiscalía al haber sido citado a declarar sobre los hechos ante el Fiscal para el día anterior, 12.03.08, ante quien compareció. XI.-/ En el momento en que Javier Rodrigo de Santos López reintegró a las arcas municipales la cantidad de 50.804 € el proceso judicial contra él por estos hechos aún no se había iniciado. XII.-/ A las 17:05 horas del día 13.03.07, Javier Rodrigo de Santos López remitió una carta a la Alcaldesa Presidenta del Excmo. Ayuntamiento de Palma en la que expresaba reconocer el desfase por importe 50.804 €, indicaba que procedía a su devolución, lo atribuía a un error y manifestaba quedar a disposición de ella para practicar liquidación. Dicha carta fue remitida por el acusado con el propósito de reconocer la comisión de un hecho delictivo. XIII.-/ Javier Rodrigo de Santos López ha perdido perdón públicamente y ante los medios de comunicación por el comportamiento imputado. XIV.-/ El acusado, al momento de los hechos, era adicto a la cocaína, circunstancia que disminuía de forma no intensa su voluntad para reprimirse en la realización de las disposiciones de dinero público hechas en su propio beneficio mediante la tarjeta EMOP.”

IV.- Contra la sentencia referida se interpusó recurso de apelación por el Procurador Don José Antonio Cabot Llambías, en nombre y representación de Javier Rodrigo de Santos López, atendiendo a las siguientes alegaciones: Primera: Al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis c) apartado b) LECrim.: infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil: infracción del artículo 21.5 CP en relación con la atenuante de reparación del daño. Segunda: Al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis c) apartado b) LECrim.: infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil: infracción del artículo 21.4 CP y 21.6 CP en relación con la atenuante de Confesión y/o Colaboración. Tercera: Al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis c) apartado b) LECrim.: infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil: por indebida aplicación del

artículo 432.1 CP e inaplicación del artículo 432.3 CP. Cuarta.- Al amparo de lo previsto en el artículo 846 bis c) apartado b) LECrim.: infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil: Por indebida rebaja en tan solo un grado ex Art. 66.1.2ª CP.

Terminó suplicando: que teniendo por presentado este escrito, lo admita y tenga por interpuesto recurso de apelación, de forma que, tras la celebración de vista y los trámites de rigor, sean estimados los motivos expresados en el mismo, procediendo a: 1) La imposición de pena de 9 meses de prisión y un año y seis meses de inhabilitación absoluta en el supuesto de estimación de los motivos primero, segundo o cuarto. 2) La imposición de dos meses de multa a razón de 3 euros diarios, prisión de 9 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de un año y seis meses, en el supuesto de estimación del tercer motivo del recurso.

V.- Por parte del Ministerio Fiscal se presentó escrito de impugnación al recurso de apelación interpuesto por el condenado, alegando que debe de ser desestimado conforme a los siguientes argumentos: 1.- El recurso pretende que se admita y estime que ha existido una infracción de precepto legal por no considerar la atenuante de reparación del daño como muy cualificada. Debe rechazarse que exista infracción legal y que esta atenuante se presentó como cualificada. 2.- La defensa pretende que se ha infringido la ley por no apreciar la atenuante de confesión y/o colaboración. Lo cierto es que el condenado nunca ha confesado los hechos y delitos cometidos. 3.- La defensa pretende que se ha infringido la ley por no aplicar el artículo 432.3 en lugar del 432.1 del C.P. Es evidente que el criterio jurisprudencial es unánime e indiscutido sobre la aplicación del 432.1 en los casos de malversación continuada cuyo importe global excede de 4.000 €. Que el recurrente cifre en la fecha del pleno no jurisdiccional de 30-10-07 la plasmación del criterio unánime, ello no significa que con anterioridad existiera otro criterio distinto. El texto legal artículo 74 y 432 es bien claro y en ningún caso ha existido aplicación duplicada de la continuidad delictiva. 4.- La defensa pretende que se ha infringido la ley por no aplicar la rebaja de pena en dos grados. Es evidente que no se ha infringido la ley y que se ha ponderado adecuadamente la rebaja de pena. Sin embargo se debe valorar la gravedad del delito y la gravedad de los hechos.

Asimismo el Ministerio Fiscal al amparo de los artículos 846 bis b) y 846 bis d) formula recurso de apelación supeditado por considerar que conforme al artículo 846 bis c) apartado b) ha existido infracción legal al aplicar la circunstancia atenuante de drogadicción cuando la misma no era aplicable.

VI.- Remitidos los autos a esta Sala y recibidos en la misma, se turnó la Ponencia al Ilmo. Magistrado Sr. Francisco Javier Muñoz Jiménez y se determinó la composición de la Sala con arreglo a las normas de reparto correspondientes.

Habiendo sido debidamente emplazadas las partes, se personaron el condenado, a través de su representación procesal y el Ministerio Fiscal acompañando a su escrito documental que fue admitida por providencia en fecha treinta de noviembre de dos mil nueve.

VII.- Señalada la vista de este recurso para el día ocho de febrero de dos mil diez, se procedió a citar a las partes, llevándose a efecto la celebración de la vista pública, con asistencia de las mismas, informando en ella en representación del Ministerio Fiscal el Ilmo. Sr. Juan Carrau Mellado; en defensa del acusado el Letrado Don José Ignacio Herrero Cereceda; estuvo presente en la vista el acusado Javier Rodrigo de Santos López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El recurso del condenado formula los cuatro motivos de que se compone con sede en el apartado b) del art. 846 bis c) de la LECRIM.

El primero denuncia infracción del art. 21.5 del Código Penal. El motivo aspira a que se dé valor de muy cualificada a la atenuante de reparación del daño, que la sentencia de instancia aprecia con la cualidad de simple. Las razones que arguye en apoyo de tal petición son éstas: pago de una cantidad mayor de la realmente defraudada; inmediatez de la reparación; esfuerzo económico para el pago; analogía con la situación prevista en el segundo párrafo del art. 433 del Código Penal; y anormal y extraordinaria actuación en la devolución.

La sentencia recurrida no observa en la devolución por el acusado de las cantidades de que se apropió rasgos que justifiquen atribuir a la atenuante de reparación del daño el rango de muy cualificada. Invoca para ello el criterio jurisprudencial en la materia de que son exponente las SSTS de 16 de septiembre de 2004 y 8 de febrero de 2007. Esta última indica: “La consideración de una atenuante con el carácter de muy cualificado, según reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, tiene que contar con dos requisitos: primeramente, la intensidad atenuatoria se ha de revelar con especial consistencia fáctica, derivada de hechos, circunstancias o comportamientos que resalten un esfuerzo del acreedor de la misma, merecedor de una mayor disminución de pena. En segundo lugar, el sentido atenuatorio del fundamento jurídico de la degradación de culpabilidad o antijuridicidad, tiene que resultar especialmente intenso”.

La STS de 31 de octubre de 2003 afirma igualmente entre otras muchas que “Según doctrina de esta Sala, manifestada en las Sentencias 1022/2002, de

21.6 y 1978/2002, de 26.11, las atenuantes se considerarán muy cualificadas cuando alcancen una entidad superior a la normal, y cuando se aprecie en ellas una intensidad más acusada que en los supuestos normales de los aspectos que afectan, disminuyéndolas, a la antijuridicidad o a la culpabilidad, teniendo en cuenta las condiciones del culpable y antecedentes de hecho”.

La decisión del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado se ajusta de pleno a dicha doctrina.

Del relato de hechos probados –de riguroso respeto en el presente grado jurisdiccional- se desprende que el acusado dispuso en provecho propio de un total de 53.202,79 € con cargo a fondos públicos. Antes de ser citado a declarar por la Fiscalía el 12 de marzo de 2008 ya había devuelto 2.705 €. Restaba por tanto una deuda de 50.497,79 €. El 13 de marzo siguiente el acusado ingresó en las arcas municipales la suma de 50.804 €. Abonó, pues, un exceso de 306,27 €. Si se tiene presente el monto global de la apropiación tal diferencia reviste escaso relieve. Sólo supone el 0,606% del débito pendiente entonces de reintegro. La insignificancia cuantitativa del exceso resulta meridiana, de ahí que el dato no denote ningún esfuerzo o intensidad en la restitución significativos que puedan reputarse fuera del común que contempla la norma a fines de suavizar la pena.

La inmediatez en la reparación sería predicable si el acusado hubiera devuelto el dinero al poco de efectuar cada acto de disposición ilícita. Acaso cabría plantear el argumento respecto de los cargos en la tarjeta de crédito a que se refieren los ordinales quinto y séptimo de la resultancia fáctica, cuyo importe restituyó aquél en plazo aproximado de dos meses. No existe, en cambio, inmediatez alguna en reintegrar el 13 de marzo de 2008 las cantidades que el acusado malversó entre enero de 2006 y junio de 2007.

Constituye de otro lado doctrina jurisprudencial conteste que los elementos fácticos que integran circunstancias eximentes o atenuantes de la responsabilidad deben aparecer tan probados como el hecho típico del que éstas dependen (STS de 6 de junio de 2005 y cuantas la misma cita). En el caso de autos, la relación histórica nada informa acerca de la manera en que el acusado obtuvo el dinero que retornó al Ayuntamiento; si se lo procuró de fondos propios, si de aportaciones de familiares o amigos, si merced a operaciones bancarias u otro tipo de préstamos. Por tanto, la alegación de que para reparar el daño hubo de realizar un esfuerzo económico muy importante, excepcional y sacrificado queda desprovista de toda base. Siendo así, lo único seguro es que el acusado tenía a su alcance medios pecuniarios suficientes que le posibilitaron realizar el pago con prontitud.

El subtipo privilegiado que define el art. 433 del Código Penal sanciona el uso transitorio de caudales públicos para fines particulares cuando el autor tiene

intención de devolverlos. En estos supuestos, el reintegro del importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso confirma la realidad del *animus utendi*, porque si el culpable no lo hace se entiende por previsión expresa del párrafo segundo del precepto que actuó con ánimo de apoderamiento definitivo y se le castiga como tal. No hay paridad alguna de razón entre la citada norma y el hecho de que quien se apropió de fondos públicos restituya lo apropiado que conduzca a reconocer a esta restitución una repercusión atenuatoria de la pena mayor y más extensa de la que en principio corresponde a la mera satisfacción anticipada y voluntaria de responsabilidades civiles.

La devolución total de la cuantía defraudada no puede considerarse por último actuación anómala y extraordinaria. Supone sencillamente conducta que disminuye la responsabilidad criminal a tenor del art. 21.5 del Código. El Tribunal Supremo ha rechazado en múltiples ocasiones que la completa reparación del daño conlleve por sí sola tratamiento punitivo más beneficioso que el propio de la simple atenuante. Muestra de tal criterio son las SSTS de 5 de octubre de 1999, 16 y 19 de septiembre de 2002, 31 de octubre de 2003, 16 de septiembre de 2004, 7 de febrero de 2005 y 8 de febrero de 2007. Por su paralelismo con el comportamiento del Sr. Rodrigo de Santos tiene interés reproducir las palabras de la sentencia de 19 de septiembre de 2002: “La Sentencia recurrida considera aplicable la circunstancia atenuante quinta del art. 21 del Código Penal, al haber procedido el culpable a reparar el daño causado, pero en ningún momento de la misma se aprecia tal circunstancia como muy cualificada o de especial refuerzo o intensidad atenuatoria, dadas sus características, por lo que debe ser considerada con el carácter jurídico de simple. No hay razón alguna para la estimación de tal conducta como de especial intensidad atenuatoria, ya que el acusado, quebrando la confianza de la entidad y afectando al patrimonio de intereses públicos, como lo son los de la Seguridad Social, no devolvió las cantidades sustraídas hasta que fue descubierto por los órganos de control e intervención, firmando el documento de reconocimiento de hechos al que anteriormente nos hemos referido con reiteración, dada su importancia para el enjuiciamiento de la conducta del acusado”.

El motivo se desestima.

Segundo.- El motivo segundo denuncia infracción de los arts. 21.4 y 21.6 del Código Penal en relación con la atenuante de confesión y/o colaboración.

El motivo plantea dos cuestiones distintas. La primera es la concurrencia de la atenuante de confesión del art. 21.4 del Código. El recurso aduce a tal fin, con apoyo expreso en los ordinales fácticos undécimo y duodécimo, que el acusado reconoció los hechos y reintegró a las arcas municipales lo sustraído antes de que se hubiera iniciado el proceso judicial.

El tema exige puntualizar con carácter previo cómo se distribuyen las funciones enjuiciadoras entre los componentes del Tribunal de Jurado. A los jurados compete pronunciarse sobre aspectos de hecho. La calificación jurídica de estos hechos incumbe en cambio de manera exclusiva al Magistrado-Presidente. La jurisprudencia ha resaltado repetidas veces este reparto de cometidos.

La STS de 30 de octubre de 2008 señala a este respecto: “Con la STS 1315/2005, de 10 de noviembre, diremos que no resulta ocioso recordar que la función esencial de los jurados, tal y como se define en el art. 3 LOTJ, es la de emitir veredicto declarando probado o no el hecho justiciable que el Magistrado-presidente haya determinado como tal, así como aquellos otros hechos que decidan (los jurados) incluir en el veredicto y no impliquen variación sustancial de aquél, por lo que debe quedar claro que la misión del Jurado es la de optar entre diversas proposiciones fácticas y no entre las calificaciones jurídicas de las acusaciones y la defensa (STS 19.10.2001)”.

La sentencia añade, con cita de la STS de 26 de julio de 2000, que “el reparto de funciones en el juicio con Jurado, resulta bastante sencillo: los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y en consecuencia, si debe ser considerado culpable o no en función de su participación en los mismos y de la concurrencia o no de los hechos determinantes de alguna causa excluyente de la culpabilidad y este pronunciamiento constituye el veredicto del Jurado. Este es el sentido de "hecho justiciable". En este caso, la muerte de una persona, nada más.

Seguidamente el Magistrado-Presidente, como jurista técnico que debe respetar y hacer respetar el principio de legalidad subsume en la norma jurídica procedente los referidos hechos, que deben ser suficientemente detallados para contener todos los elementos del tipo así como los integradores de cualquier circunstancias modificativas aplicable, realizando el juicio de derecho o calificación jurídica, e imponiendo la pena legalmente procedente. Por ello, tendrá también en consideración el veredicto de culpabilidad, pero ésta no puede alterar la conclusión derivada del veredicto fáctico, pues debe ser necesariamente congruente con los hechos ya que en caso de no serlo, el Magistrado-Presidente debió previamente haberlo devuelto conforme a lo prevenido en el art. 63 d) LOTJ” .

“Por lo tanto –concluye dicha sentencia- el objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el Jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto no puede afirmarse que el Magistrado Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del Jurado”.

La STS de 7 de diciembre de 2005 también declara en idéntica línea que “en el objeto del veredicto no deben aparecer cuestiones jurídicas, sino solamente los aspectos fácticos que constituyen la base para luego realizar la calificación que resulte pertinente, lo que corresponde al Magistrado Presidente. Así, el artículo 52 de la LOTJ referido al objeto del veredicto, dispone que el Magistrado Presidente narrará en párrafos separados y numerados los hechos alegados por las partes. Cuando se trata de circunstancias atenuantes, lo que debe figurar en el objeto del veredicto no es la nominación legal de la atenuante, sino su base fáctica en función de la versión sostenida por quien afirma su concurrencia. Pero, en todo caso, si en alguna ocasión el objeto del veredicto contiene expresiones que tienen un significado legalmente determinado, su valoración al declarar probada su existencia no puede hacerse desde la perspectiva de su significado legal, que los jurados no tienen por qué haber conocido ni comprendido, sino desde la consideración de su significado vulgar, que es el que aquellos han podido tener en cuenta al decidir acerca de su prueba”.

En el presente supuesto, la relación de hechos probados incluye, en cuanto ahora importa, las siguientes afirmaciones:

- a) el 13 de marzo de 2008 el Sr. Rodrigo de Santos reintegró directamente a las arcas municipales la cantidad de 50.804 €;
- b) el proceso judicial contra el Sr. Rodrigo de Santos se inició el 13 de marzo de 2008 mediante querrela formulada por la Fiscalía de Baleares, la cual venía investigando los hechos con anterioridad;
- c) el acusado conocía dicha investigación al haber sido citado a declarar ante el Fiscal el 12 de marzo de 2008, ante quien compareció;
- d) en el momento en que el Sr. Rodrigo de Santos “reintegró a las arcas municipales la cantidad de 50.804 € el proceso judicial contra él por estos hechos aún no se había iniciado”; y
- e) a las 17,05 horas del 13 de marzo de 2008, el acusado remitió una carta a la Alcaldesa de Palma en la que, con propósito de reconocer la comisión de un hecho delictivo, expresaba “reconocer el desfase por importe (de) 50.804 €, indicaba que procedía a su devolución, lo atribuía a un error y manifestaba quedar a disposición de ella para practicar la liquidación”.

A las vista de tales asertos la atenuante de confesión deviene inaplicable, tal como entiende y argumenta con acierto la sentencia de instancia.

El art. 21.4 reputa circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal que el culpable haya procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. Las SSTS de 10 de diciembre de 2007 y de 29 de enero de 2008 sintetizan la doctrina casacional sentada en relación a esta atenuante. Se indica en ellas: “la jurisprudencia de esta Sala, manifestada, entre otras, en sentencias 544/2007 de 21.6, 179/2007 de 7.3 y 1071/2006 de 8.11, con cita de las de 2.4.2003, 7.6.2002, 19.10.2000,

15.3.2000, 29.5.2000 y 3.10.98, ha puesto de relieve que la razón (de) la atenuante no estriba en el factor subjetivo de pesar y contricción, sino en el dato objetivo de la realización de actos de colaboración a la investigación del delito. Se destaca como elemento integrante de la atenuante, el cronológico, consistente en que el reconocimiento de los hechos se verifique antes de que el inculpado conozca que es investigado procesal o judicialmente por los mismos. En el concepto de procedimiento judicial se incluye la actuación policial (SSTS 21.3.97 y 22.6.2001), que no basta con que se haya abierto, como se decía en la regulación anterior, para impedir el efecto atenuatorio a la confesión, sino que la misma tendrá la virtualidad si aún no se había dirigido el procedimiento contra el culpable, lo que ha de entenderse en el sentido de que su identidad aún no se conociera. La razón de ser del requisito es que la confesión prestada, cuando ya la Autoridad conoce el delito y la intervención en el mismo del inculpado, carece de valor auxiliar a la investigación. Otro requisito de la atenuante es el de la veracidad sustancial de las manifestaciones del confesante, sólo puede verse favorecido con la atenuante la declaración sincera, ajustada a la realidad, sin desfiguraciones o falacias que perturben la investigación, rechazándose la atenuante cuando se ofrece una versión distinta de la luego comprobada y reflejada en el "factum", introduciendo elementos distorsionantes de lo realmente acaecido (SSTS 22.1997, 31.1.2001)".

Si las actuaciones policiales previas entrañan procedimiento judicial a los fines de la atenuante, no cabe duda de que también lo entrañan las diligencias preliminares de investigación que lleva a cabo la Fiscalía de acuerdo con los arts. 773.2 de la LECRIM y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Pues bien, consta probado que el Sr. Rodrigo de Santos tuvo conocimiento el 12 de marzo de 2008 de que era investigado por la Fiscalía por causa de la malversación. La carta a la Alcaldesa en que por vez primera admitía la realidad del "desfase" monetario la remitió en la tarde del día siguiente, 13 de marzo. Por tanto, y sin necesidad de discernir ahora si dicha carta merece o no calificarse de confesión auténtica, resulta inconcuso que su envío no cumple el requisito cronológico -imprescindible para que la atenuante opere- de que el culpable confiese antes de saber que el procedimiento se dirige en su contra. Ciertamente que el hecho probado décimo consigna que "el proceso judicial" se inició mediante querrela de la Fiscalía el 13 de marzo, y que el undécimo dice que el acusado reintegró la cantidad cuando "el proceso judicial" aún no se había iniciado. Esta última proposición se refiere al momento del reintegro, no al de la confesión, que son actos de significación jurídica propia y diferenciable. En cualquier caso, ello al margen, el empleo de la locución "proceso judicial" en la narración histórica debe entenderse en una acepción, no jurídica estricta, sino material y corriente de intervención de los órganos judiciales. Los jurados fijan la certeza de los hechos objeto de debate, no la concurrencia de los elementos normativos que configuran el contenido de la disposición legal. Esta otra tarea pertenece a la esfera de decisiones exclusivas del Magistrado-Presidente.

Tercero.- Tampoco es apreciable la atenuante analógica de colaboración que postula el motivo.

La jurisprudencia acepta como circunstancia atenuante analógica de la de confesión la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos con el acusado (SSTS 20 de octubre de 1997, 17 de septiembre de 1999, 10 de marzo de 2004, 3 de noviembre de 2006 y las mismas citadas de 10 de diciembre de 2007 y de 29 de enero de 2008). La aprecia, no obstante, cuando la colaboración *ex post* proporciona información relevante, seria y favorecedora de los fines de la investigación, que permite descubrir hechos o datos que de otra manera habrían pasado desapercibidos o habría resultado más difícil averiguar.

La STS de 7 de diciembre de 2005 señala en concreto: “no puede valorarse como confesión a los efectos de la atenuación prevista en el artículo 21.4 y 21.6 el reconocimiento de lo que inmediata e inevitablemente va a ser descubierto por la autoridad que ya ha iniciado sus actuaciones encaminadas a la averiguación de lo sucedido. En cuanto a la atenuante analógica, cuando la confesión se ha producido de forma tardía, la jurisprudencia ha exigido que su contenido sea relevante a los efectos de la averiguación del hecho o de la identificación de los responsables del mismo”.

Desde el punto de vista que propugna esta sentencia, la carta del Sr. Rodrigo de Santos por la que reconocía a la Alcadesa de Palma la existencia de un desfase que achacaba a un error provocado por circunstancias de salud y manifestaba que procedía a devolver la cantidad, no constituye, por de pronto, confesión en el sentido que requiere la atenuante, pues que la remitió tras enterarse de que la conducta punible había sido descubierta.

De igual modo, la carta no aportó nada positivo y eficiente al esclarecimiento de unos hechos criminosos que los investigadores ya habían averiguado en su práctica totalidad. La redacción de la querrela evidencia que la Fiscalía conocía los cargos de la tarjeta de crédito efectuados por el acusado con el detalle de su importe, fecha y destinatario respectivos. Precisamente por ello, pudo cifrar con precisión el importe de lo malversado que el Sr. Rodrigo de Santos luego ingresó de propia iniciativa en los fondos municipales. Aparte de la repetida carta, el relato de hechos probados –al que es obligado atenerse– no expone ningún acto o comportamiento del acusado que durante la instrucción de la causa hubiera contribuido de otro modo a la plena averiguación del suceso. En realidad, como arguye el Ministerio Público, el Sr. Rodrigo de Santos nunca llegó a narrar lo ocurrido más allá del reconocimiento genérico de los hechos que manifestó en el Juzgado en su declaración de 10 de abril de 2008. Su colaboración con la investigación fue, en este aspecto, nula.

El segundo motivo de recurso fracasa.

Cuarto.- El motivo tercero denuncia indebida aplicación del art. 432.1 e inaplicación del art. 432.3, ambos del Código Penal. La tesis se construye sobre la adición que los jurados introdujeron de manera espontánea al responder las alternativas que les propuso el veredicto en relación con la culpabilidad del acusado, consistente en manifestar que “esa apropiación –en cantidad superior a 4.000 €- se ha producido al realizar múltiples operaciones, todas ellas inferiores a 4.000 €”. El recurso ve en esta manifestación “un sentido intencional por parte del Jurado, como es la calificación jurídica atenuada del delito de malversación de caudales públicos con la agravante como delito continuado”.

El citado añadido carece de toda influencia en orden al encuadre penal de los hechos, cualquiera que fuere el propósito que movió a los jurados a relizarlo. Como se ha indicado antes, no corresponde a los jurados aplicar el derecho sino valorar la prueba e inferir de ella la realidad de los hechos a los que el derecho se aplica. La subsunción de esa realidad dada en la pertinente normativa penal no es tarea que les compete.

Basta, por lo demás, con reproducir cuanto señala la STS de 17 de mayo de 2007 para dar respuesta a los problemas jurídicos que plantea el motivo.

La sentencia indica: “En el fundamento de derecho 7º de nuestra sentencia 1404/1999, de 13 de octubre, dijimos así:

“Pero actualmente en esta Sala existe una doctrina reciente (Sentencias de 23 de diciembre de 1998 y 17 de marzo de 1999) en virtud de la cual, habida cuenta de la configuración actual del artículo 74 (en el que se regula la figura del delito continuado, con un apartado 2 destinado a determinar las penas para esta clase de delito en los casos de infracciones contra el patrimonio, separado con un punto y aparte del apartado 1 en el que se define la configuración de este delito y se señala la pena a imponer con carácter general), ha de entenderse que no es aplicable a los casos de delito continuado, en las infracciones de carácter patrimonial, esa agravación que, como regla general se prevé en el apartado 1, consistente en la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior, que es la norma que aplicó la sentencia recurrida.

Tal apartado 2 es una norma especial en cuanto a la pena a aplicar en los delitos continuados cuando éstos consisten en “infracciones contra el patrimonio”, según esta reciente doctrina jurisprudencial, norma que desplaza a la general del párrafo 1, si bien sólo en cuanto a la materia de determinación de la pena.

Es decir, que en estos casos de delitos continuados contra el patrimonio no es preceptiva la imposición de la pena en su mitad superior, sino que ha de aplicarse lo dispuesto específicamente en el apartado 2 que tiene un doble contenido:

1º. Tener en cuenta el perjuicio total causado, es decir, que han de sumarse las cuantías de los varios delitos o faltas contra el patrimonio que quedan integrados en la única figura del delito continuado.

2º. La posibilidad, para los casos de delito masa, de imponer motivadamente la pena superior en uno o dos grados.

El delito de malversación de caudales públicos tiene una doble naturaleza: por un lado es un delito contra la Administración pública, razón por la cual forma parte del Título XIX del Libro II del CP, y por otro, en relación a su contenido y a su propia dinámica de comisión (u omisión), es un delito contra el patrimonio, pues en definitiva, al menos en cuanto a la figura concreta del art. 432, consiste en una sustracción de patrimonio ajeno, con una estructura similar a las de varias de las figuras delictivas comprendidas en algunos de los capítulos primeros del Título XIII del mismo Libro II que regula "los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico" (hurtos, robos, estafas, apropiaciones indebidas). Por todo ello, y en aplicación de la jurisprudencia antes explicada, en caso de delito continuado del art. 432.1, ha de aplicarse, para la determinación de las penas, el apartado 2 del art. 74, que en este extremo concreto desplaza a lo dispuesto en su apartado 1. "

En este mismo sentido se han pronunciado otras sentencias de esta sala, concretamente la 1615/2002 de 1 de octubre (fundamento de derecho 6º) y la 1308/2003 de 7 de enero de 2004 (2ª sentencia)".

Los hechos punibles que aparecen probados han sido, en suma, correctamente calificados por la sentencia recurrida como constitutivos de un delito continuado de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal en relación con el art. 74 del mismo Código.

El motivo tercero fracasa.

Quinto.- El último motivo del recurso que interpone el Sr. Rodrigo de Santos denuncia vulneración del art. 66.1.2ª del Código Penal al haberse rebajado la pena un solo grado en lugar de dos, como el precepto permite.

La regla segunda del art. 66. 1 dispone que cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, los tribunales 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 Magistrado-Presidente opta por rebajar la pena en sólo un grado en atención a las razones que explicita la sentencia y que no cabe sino compartir. En la conducta delictiva del acusado confluyen, en efecto, dos circunstancias atenuantes ordinarias. Es el número mínimo que viabiliza el juego de la regla punitiva, por lo que el factor no autoriza mayor rebaja. En cuanto al parámetro de entidad de las circunstancias, la reparación del daño fue, ciertamente,

completa, y la sentencia valora el dato al fijar la concreta duración de la pena dentro los márgenes en que puede imponerse. No lo es menos, empero, que la drogadicción del acusado disminuía su capacidad de autodominio en forma, si bien más que leve, no intensa, esto es, sin llegar al nivel de fuerte afectación de la voluntad. Todo ponderado, la elección del Juzgador de descender la penalidad en un grado y no en dos debe considerarse medición equilibrada de la responsabilidad criminal en que incurrió el acusado.

En consecuencia, el motivo cuarto parece y, con él, el recurso del Sr. Rodrigo de Santos en su integridad.

Sexto.- El Ministerio Fiscal, de su parte, sostiene en su recurso que la atenuante de drogadicción ha sido aplicada de manera indebida por cuanto que el acusado, aunque adicto a la cocaína, no cometió la malversación para obtener droga sino sexo, de modo que falta la relación directa entre drogadicción y delito cometido que exige la jurisprudencia.

La STS de 3 de abril de 2009 –que cita las del propio Alto Tribunal de 8 de mayo de 2000, 29 de noviembre de 2004 y 29 de abril de 2005- dice en relación con la circunstancia atenuante que prevé el art. 21.2 del Código Penal, que “se considera que lo característico de la drogadicción a efectos penales es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo debe actuar impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata, o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos es la que merece la atención del legislador y de los tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible”.

La STS de 8 de abril de 2009 reitera que “la atenuación exige que el impulso para satisfacer la adicción sea el único o, al menos, el principal motivo de la actuación delictiva, pues cuando se superponen otras motivaciones prevalentes no es apreciable la atenuante, que debe excluirse singularmente cuando junto al deseo de obtener dinero para satisfacer “las necesidades” de abastecimiento de droga, está presente un ánimo de lucro adicional que sólo o también busca el enriquecimiento a costa del patrimonio y de la salud colectiva ajena (SSTS 537/08 y 32/09)”.

El Sr. Rodrigo de Santos padecía adicción a la cocaína cuando perpetró la conducta que se enjuicia en el presente proceso. Así consta expresamente probado. No lo está, sin embargo, que la cadena de actos de disposición de dinero público constitutiva de delito de malversación tuviera por finalidad

precisa adquirir droga con que satisfacer su dependencia. El relato de hechos probados sólo da a entender en este aspecto que el acusado destinó el dinero a pagar servicios sexuales en un sedicente local de masajes. La relación funcional entre comportamiento delictivo y compulsión de consumir de droga que requiere la, puede que demasiado restrictiva, interpretación jurisprudencial de la atenuante no aparece, pues, perfilada con nitidez.

Ahora bien, queda probado que la drogodependencia del acusado “disminuía de forma no intensa su voluntad para reprimirse en la realización de las disposiciones de dinero público hechas en propio beneficio mediante la tarjeta del EMOP”. Esta afectación de las condiciones de imputabilidad del sujeto consecuencia del deterioro más que leve de sus facultades volitivas que incidió con carácter eficiente en la comisión del delito no puede por menos que surtir efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal, si no a título directo de atenuante de drogadicción, sí por vía de la circunstancia analógica del número 6 del art. 21 del Código Penal en relación con la eximente incompleta 1ª del art. 21, a su vez en relación con la completa del nº 1 del art. 20, tal como propone en términos alternativos la sentencia de instancia. Adoptan esta solución las SSTS de 22 de febrero de 2005, 23 de junio de 2008 y 19 de mayo y 22 de junio de 2009, entre otras.

El recurso del Ministerio Fiscal se desestima. Por tanto, procede confirmar la sentencia recurrida en su totalidad.

FALLO

Debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación que Javier Rodrigo de Santos López y el Ministerio Fiscal interponen contra la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2009 por el Ilmo. Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, la cual se confirma en su totalidad, sin imposición de costas procesales.

Así por ésta, la presente nuestra sentencia, nos pronunciamos y firmamos.