

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCION DECIMOSEXTA

Rollo nº 156/11

Dilig. Prev. 1891/2009

Juzgado de Instrucción 5 de Madrid

AUDIENCIA PROVINCIAL

Ilmos. Sres. De la Sección Decimosexta.

MAGISTRADOS

Don Miguel Hidalgo Abia.

Doña Rosa E. Rebollo Hidalgo.

Dña. Luz Almeida Castro. (Ponente)

En Madrid, a catorce de marzo de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que mediante Auto de fecha 15 de julio de dos mil diez, el Juzgado de Instrucción nº 5 de Madrid, en las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado decretó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones. Contra dicha resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación por el Procurador Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de **DOÑA CARMEN MENÉNDEZ GONZÁLEZ-PALENZUELA y otros** en ejercicio de la acción popular. La reforma fue desestimada mediante Auto de fecha diez de enero de dos mil once, admitiéndose a trámite el de apelación.

SEGUNDO.- Con fecha uno de marzo de dos mil once tuvo entrada en esta Sección el presente Recurso de Apelación que ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y las partes.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Luz Almeida Castro

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los apelantes recurren por dos motivos, uno no haberse practicado diligencias de prueba solicitadas que enumeran, siendo un total de diez, y que de la instrucción resultan indicios del delito de malversación de caudales públicos. Sostienen la existencia de indicios al producirse coincidencias de lugar de determinados teléfonos, en donde se encontraban los denunciantes.

SEGUNDO.- Los apelados, SERGIO GAMON SERRANO, JOSE OREJA SANCHEZ, JOSE LUIS CARO VINAGRE ANTONIO CORONADO MARTINEZ, imputados en este procedimiento y representados por el Letrado Don Enrique Molina Benito en su impugnación del recurso, respecto de la práctica de diligencias solicitadas por la acusación popular destacan que han de proscribirse las investigaciones meramente prospectivas y que las diligencias han sido denegadas con motivación suficiente contenida en el fundamento jurídico séptimo del Auto recurrido, que se refiere al intento de abrir una causa general que afecta sin base a derechos fundamentales de muchas personas. Los impugnantes detallan las diligencias que han sido practicadas y tras las cuales no aparecen indicios de tipo alguno de malversación.

Por otra parte, el impugnante alega el origen de los documentos dubitados, aquellos que dieron lugar al artículo de “El País”, realizado por el Sr. Mercado, al que califican de testigo de referencia, por lo que su declaración debería ajustarse a lo preceptuado en el art. 710 de la LECr.

Los apelados sostienen que, dado que subsiste una sola acusación, que ejercita la acción popular, sostenida por el grupo parlamentario socialista, está carece de legitimación procesal. Es una entidad no ofendida o perjudicada por el delito. 270.1º LECrim. y en aplicación de la doctrina sentada por la STS de 20 de enero de 2010, que cita las STS 1045/2007, caso Botín y la 54/2008, caso Atutxa, entiende que en la presente causa no existe ninguna acusación

particular personada, no porque no pueda, sino por desistimiento, luego si existe interés particular y no sería aplicable la doctrina Atutxa.

TERCERO.- Por su parte, la representación procesal del Partido Popular, en su escrito de impugnación manifiesta que el Auto viene a confirmar la inconcreción o inexistencia en los hechos de la denuncia, de actuación alguna delictiva. Impugna igualmente la pretensión de los apelantes de “una exhaustiva e indeterminada práctica de diligencias”, cuando en la instrucción “se han llevado a cabo numerosas y exhaustivas diligencias de investigación, periciales, declaraciones, informe caligráficos, etc..” y de ellas “no se ha podido acreditar actuación delictiva alguna”

En cuanto al delito de malversación de fondos públicos, no se ha podido acreditar “que para los seguimientos realizados, se hayan destinado caudales públicos o efectos puestos a cargo de los imputados por razón de sus funciones. Y siguiendo la tesis del Auto recurrido alega “que los teléfonos o vehículos utilizados por los imputados se destinaran con carácter principal a las actividades denunciadas”, por lo que no se dan los requisitos del tipo. Tratándose de conjeturas más que de indicios.

CUARTO.- El Fiscal en su impugnación, respecto a la solicitud de diligencias efectuada por el apelante, alega, con cita de jurisprudencia Constitucional y del Tribunal Supremo, que para la admisión de un medio de prueba, es necesario que ésta sea necesaria, pertinente y relevante con lo que es objeto del procedimiento y constituye el “tema decidendi” para el juzgador. Así las diligencias sobre “vehículos, justificantes de repostaje, tarjetas SOLRED, teléfonos móviles y facturación, ya fueron acordadas en su día por la Fiscalía y constan en los informes de la Unidad Central de delincuencia económica y fiscal de fecha 6 de mayo de 2009 (folio 687) 24 de julio de 2009 (folio 792) y 22 de marzo de 2010 (folio 2.200 y ss de las actuaciones)”. Además, señala el Fiscal, dichos datos son irrelevantes, puesto que no sirven para demostrar si los teléfonos o vehículos mencionados han intervenido en los seguimientos objeto de las actuaciones, Folios 82 a 117.

Dicha prueba, en la tesis del Fiscal, idéntica a la del Auto, no hace posible acreditar su destino a fines privados o ajenos a la función pública, ni

para concretar el importe de la defraudación a los efectos establecidos en el segundo párrafo del art. 433 y 434 del Código Penal.

Asimismo se opone a la necesidad de las declaraciones solicitadas, por no haber indicio alguno de su implicación en los hechos y haber declarado ya, en algún caso ante la policía. Y respecto de la declaración de la ex mujer de uno de los imputados manifiesta no existiría el requisito de ausencia de incredibilidad subjetiva.

Respecto de la tipificación del delito de malversación, el Fiscal se opone a la tesis de los apelantes, es necesario el ánimo de lucro del sujeto activo del art. 433 del Código Penal. Según el fiscal el art. 433 “crea una especie de desistimiento voluntario de lo ya consumado privilegiado con menor pena”, pero exige animo de enriquecimiento siquiera sea transitorio y según el fiscal “Es el reintegro del importe sustraído por el sujeto activo la razón en la que se basa el legislador para construir el subtipo privilegiado del delito. Reintegro imposible en el caso de autos, al no poderse concretar el importe de la presunta malversación.”

Concluye el Fiscal, sosteniendo que la ausencia de ánimo de lucro propio o ajeno impide la aplicación del art. 434 del CP, así como el grave perjuicio para la causa pública, que tampoco se ha acreditado.

QUINTO.- En el estado actual de las diligencias no existen motivos para proceder al sobreseimiento provisional y archivo de las mismas. De lo actuado aparecen indicios suficientes de la comisión de delito de malversación de caudales públicos por el que se sigue la causa.

Los informes policiales han llegado a determinar la autoría, a nivel indiciario, de los partes de seguimiento. A dicha conclusión se ha llegado tras una laboriosa tarea de investigación y cruce de datos, entre los datos suministrados por la compañía telefónica movistar de los teléfonos asignados a los tres asesores de seguridad de la Comunidad de Madrid, Caro, Coronado y Oreja, sus posicionamientos y el texto de cada uno de los partes. El Informe de la policía, Unidad Central de Delincuencia Económica de 24 de julio de 2009, sobre posicionamientos de los teléfonos desde el 6 de mayo de 2008, señala, en el folio 794, los que considera autores de los partes, Caro, Oreja y Coronado.

De dicho trabajo se ha conseguido establecer la correlación de posicionamientos de los tres asesores con el contenido de los seguimientos reflejados en los partes.

Los posicionamientos son coincidentes en todos y cada uno de los días, incluidos aquellos en los que las personas objeto de seguimiento se han ausentado de Madrid, visitando poblaciones cercanas.

Las declaraciones de los tres asesores imputados en la causa por su imprecisión, vaguedad y ausencia de credibilidad juegan como indicio en su contra. Así los tres asesores negaron rotundamente cualquier relación con los hechos investigados en su declaración en sede policial. Una vez identificados sus teléfonos y sus posicionamientos coincidentes con los partes de seguimiento, pasaron a tratar de justificar su presencia casual en dichos lugares. Así, alegaron su presencia en los alrededores de Cibeles por la existencia de varias consejerías en la zona, dato que obviamente no explicaría, ni su presencia sistemática en la zona, ni mucho menos, cuando se trata de localidades fuera de Madrid.

Por otra parte en los seguimientos a localidades de Madrid, explicados, tras la inicial negativa, como reforzamiento de la seguridad de esas personalidades o esos actos, son incompatibles con que dichos movimientos permanecieran ocultos a la seguridad de los mismos y sobre todo son incompatibles con el hecho de que en numerosos partes relatan haber perdido al objetivo en determinado punto, así pues no sabían adonde se dirigían. Es más, en algunos de los partes, se manifiesta que han perdido el objetivo por falta de medios, pues sólo tenían cubiertas dos calles de las tres posibles, por ejemplo. Lo cual, se aparta de cualquier idea de reforzamiento de la seguridad ordinaria.

Los indicios existentes contra Pinto, son igualmente contundentes, existe una pericial caligráfica, folio 2312 y sgs, que le considera autor de las anotaciones manuscritas que aparecen sobre alguno de los partes de seguimiento. A la causa se ha aportado pericial contradictoria que niega su autoría en dichas anotaciones. Esta Sala no debe pronunciarse sobre la credibilidad de una u otra pericial. Ese es un tema propio de enjuiciamiento, cuando los peritos sean sometidos a contradicción y evaluada su pericia con el

resto de las pruebas y pueda llegarse a una conclusión. Pero en este momento la prueba pericial del gabinete de la policía es indicio suficiente.

Los indicios existentes contra Sergio Gamón vienen de las propias declaraciones de los asesores que reciben de él las instrucciones, así como de su dependencia orgánica del mismo, son sus subordinados directos.

Las cinco personas imputadas tienen carácter de funcionarios. Y en virtud de esa condición tenían la disponibilidad sobre sus teléfonos móviles, vehículos, combustible y demás efectos necesarios a su labor como funcionarios. En su condición de funcionarios y por desempeñar las funciones de su competencia en la administración, gozaban de una nomina mensual, durante el tiempo en que realizaron los seguimientos.

Así pues los indicios existen y son suficientes para la continuación de las diligencias.

SEXTO.- Las alegaciones de contenido técnico, comienzan por las alegaciones sobre la invalidez del testimonio de referencia, cuando, en el presente caso, su testimonio ha servido como notitia criminis, que se ha visto refrendado por la profusión de diligencias que han ido confirmando la credibilidad de dicho testimonio. El derecho al secreto de sus fuentes es un derecho constitucional necesario al derecho de información, y al derecho de la opinión pública ha tener una información veraz, art. 20 d) CE, es una garantía de la democracia el poder acceder a este tipo de información y como tal tiene un fundamento legítimo que lo hace compatible con el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Sentencia del TC 35/1995 FJ3º y en el mismo sentido la STC 131/1997 FJ 2º, alegadas por los impugnantes declaran

Por lo que atañe a la prueba testifical de referencia, también es doctrina reiterada de este Tribunal la de que dicha prueba constituye uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal pueden tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia (por todas, STC 217/1989 [RTC 1989\217]), pero que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral, pues cuando existan testigos presenciales de los hechos el órgano judicial debe oírlos directamente en vez de llamar a declarar a quienes oyeron de ellos (SSTC 217/1989; 303/1993 [RTC 1993\303]; 79/1994 [RTC 1994\79]; y 35/1995 [RTC 1995\35]). Esta doctrina tiene su antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, que ha declarado como contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral (entre otras, Delta c. Francia, 19 de diciembre de 1990; Isgro c. Italia, 19 de febrero de 1991; Asch c. Austria, 26 de abril de 1991; en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos, Windisch c. Austria, de 27 de septiembre de 1990, y Ludi c. Suiza, de 15 de junio de 1992).

Como vemos, nada tiene que ver con el presente caso, no es en absoluto el único indicio, no estamos en fase de juicio, ni de dictar una sentencia con ese único testimonio, ni es ilegítima la no revelación de la fuente por el periodista.

SEPTIMO.- La impugnación de la defensa se fundamenta igualmente en la pretendida falta de legitimación activa de la acción popular para llevar adelante la acusación en ausencia de la acusación del Ministerio Público y de las acusaciones particulares. Estamos en presencia de un delito de carácter público como es la malversación de caudales públicos en el que tiene interés todos los ciudadanos, luego en el que tendría siempre cabida la actuación de la acción popular. El hecho de que en este supuesto concreto, haya perjudicados directos, además de la causa pública, no desvirtúa el fundamento del delito. Además, la reciente decisión adoptada por el Instructor en el caso Garzón, expone la teoría del Tribunal Supremo sobre este extremo, dando lugar a la acción popular, en exclusiva, dado el carácter del delito. Se trata del Auto de 11 de Mayo de 2010, en él se exponen los criterios sostenidos en las sentencias 1045/2007 de 17 de diciembre, caso Botín, la 54/2008 de 21 de enero, caso Atutxa, ambas recurridas en amparo y la 8/2010 de 20 de enero, caso Ibarretxe. Se sostiene la suficiencia de la acusación popular para justificar la apertura del juicio oral en el Procedimiento abreviado o para la apertura de la causa en aquellos supuestos de naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos. En dicho Auto se hace referencia a lo sostenido en anteriores votos particulares sobre la significación de no admitir la acusación popular en tales casos “trastrueque de una tradicional y constante interpretación del sistema de estatuto de partes públicas y privadas del proceso penal español.”

Por lo que esta Sala considera que tal objeción no ha de tenerse en cuenta para la prosecución de las diligencias.

OCTAVO.- Abordamos ahora la tesis jurídica sostenida por el Auto recurrido, las objeciones a la tipificación como delito de malversación de caudales públicos: el hecho de que no puede afirmarse que los imputados “destinaran dichos bienes de forma principal a actividades ajenas a la función pública” “Ni concurren indicios en ninguno de los imputados de la presencia de ánimo de lucro, imprescindible en los tipos penales de malversación, contemplados en los artículos 432 y siguientes del Código Penal” Ello unido al

hecho de que para la aplicación del art. 433, sería “imposible determinar la cuantía que se habría destinado indebidamente”.

El delito de malversación de caudales públicos ha sido aplicado en muy diferentes supuestos, habiéndose producido una definición jurisprudencial del término caudales y efectos públicos, comprensivos de todos los bienes y personal que las administraciones tienen para el desarrollo de su función pública. Así, se han incluido en este concepto, los tickets de gasolina, STS 85/2001 de 24 de enero, el uso de un camión público para arreglar un camino privado, Auto 87/2004, Sección 3ª Audiencia Provincial de Badajoz, o la utilización de un empleado público municipal para la realización de tareas particulares. Citamos la sentencia del Tribunal Supremo 608/94 de 18 de marzo, que nos permitimos subrayar:

*“Igualmente ha quedado acreditado por las declaraciones obrantes en el acto del juicio oral que se recaudaron fondos para la urbanización privada denominada «Rincón del César», **utilizándose impresos y recibos del propio Ayuntamiento así como que se sirvieron del Alguacil del mismo Ayuntamiento, en horas en que debía prestar sus servicios para la Corporación, para el cobro de recibos en favor de la antes mencionada urbanización particular.**”*

*“El artículo 396 del Código Penal ha sido correctamente aplicado. Los recurrentes, Alcalde, Teniente Alcalde y Concejal, respecto a cuya condición de funcionarios públicos ya se ha hecho mención al examinar el anterior motivo, han aplicado a usos ajenos caudales o efectos de titularidad municipal que estaban a su cargo por razón de sus respectivas competencias. Ciertamente, se integran en el concepto de caudales públicos, en este caso municipales, **los medios materiales y personales del Ayuntamiento de Creixell, como acertadamente se expresa en la sentencia de instancia. Es decir, que se deben conceptuar como caudales públicos, cualquier bien y fuerza de trabajo, incluidos, por consiguiente, aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que se utiliza un empleado municipal, en horas en que debe prestar sus servicios al Ayuntamiento, en menesteres y tareas en beneficio particular. Esta Sala así lo tiene declarado, como es exponente la Sentencia de 20 marzo 1992 (RJ 1992\2379) que extendió el concepto de caudal público, en el supuesto allí enjuiciado, a mano de obra del Plan de Empleo Comunitario.**”*

Por lo tanto, en este supuesto, siempre a título indiciario, se han utilizado varios funcionarios, a los que se estaba pagando su nomina, para destinarlos a fines ajenos a la causa pública. Dichos funcionarios habrían destinados jornadas enteras durante muchos días al mes, los especificados en los partes, y al menos durante tres meses a fines ajenos a la función encomendada estatutariamente, Folio 157, Tomo I.

En la definición de dicho delito, la jurisprudencia ha ido igualmente precisando el ánimo de lucro así la STS 238/2010 de 17 de marzo, que se

refiere no ya a un lucro personal, sino cualquier beneficio incluso no patrimonial, incluido el beneficio de un tercero, que como vemos no tiene porque ser estrictamente patrimonial. Igualmente la sentencia del caso Marey de 29 de julio de 1998, se refiere “a cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que pueda recibir el propio autor del delito o un tercero”.

El propio fiscal cita la STS de 19 de febrero de 2006, que condenó por un delito del art. 434, considerando grave perjuicio para la causa pública la utilización de un móvil por un importe de 5.233.47 euros.

La supuesta dificultad en la fijación del importe de lo defraudado, no puede querer decir impunidad. No debe esta Sala, en este momento procesal, pronunciarse sobre la tipificación exacta de la malversación, pero con los datos que venimos adelantando no es en absoluto descartable el grave perjuicio para la causa pública. Como tampoco es descartable hacer evaluación del perjuicio a través, de las nóminas abonadas en los días acreditados de los seguimientos, los vehículos usados en esos días, el combustible repostado y los consumos de móviles con sus correspondientes facturas. La complejidad tampoco puede ser sinónimo de impunidad. Además el bien jurídico de estos delitos no tiene sólo un contenido puramente económico sino que incluye la garantía de la confianza que se deposita en el recto actuar de la administración pública y en la legalidad de su actuación.

NOVENO.- Respecto a las diligencias de investigación relativas a la relación de vehículos oficiales, asignados a la Dirección General de Seguridad, durante los meses de marzo, abril y mayo de 2008 solicitadas por los apelantes y los asignados a los asesores de seguridad, los repostajes de dichos vehículos en esos meses, los datos de la tarjeta SOLRED, así como las relativas a los teléfonos móviles numeradas como 1º,2º,3º,4º, 5º, 6º y 7º en el escrito de interposición del recurso, folio 2533, hay que manifestar que dichas diligencias ya fueron solicitadas por el Fiscal Superior de Madrid con fecha 20 de marzo de 2009. Folio 484 y 485 Tomo II, siendo idénticas a las ya acordadas y solicitadas por la Fiscalía en su momento.

Un mes después de ser ordenadas dichas diligencias de investigación, el Juzgado de Instrucción nº 5 incoó las presentes diligencias, sin que hasta la fecha se haya recibido contestación de la Comunidad de Madrid sobre dichos extremos.

Esas mismas diligencias fueron solicitadas en el recurso de apelación interpuesto por el Sr Prada, quién más tarde desistió del mismo. Folios 2516 a 2529 Tomo V.

El Ministerio Fiscal, en su impugnación del recurso cita varios Informes de la policía, Unidad Central de Delincuencia Económica, de 6 de mayo de 2009, folios 687, Tomo III, que informa sobre dietas y móviles, pero nada sobre las matriculas de los vehículos a disposición de los asesores ni sobre los gastos de combustible ni de móviles.

El Informe de la policía, Unidad Central de Delincuencia Económica de 24 de julio de 2009, sobre posicionamientos de los teléfonos desde el 6 de mayo de 2008, nada informa de los vehículos ni de los gastos de móviles, si bien señala, en el folio 794, los que considera autores de los partes, Caro, Oreja y Coronado.

El informe de 22 de marzo de 2010, Folio 2200, tampoco se refiere a ningún dato sobre los vehículos utilizados o los costes de gasolina o facturas de móviles.

Las diligencias habían sido acordadas en su momento y no hay motivo para que la instrucción quedara cortada o interrumpida por el hecho de haber pasado de Fiscalía al Juzgado de Instrucción. Dichas diligencias, numeradas del 1 al 7, ambas inclusive, del escrito del recurso de reforma y subsidiario de apelación, deben completarse.

La nº 9, es igualmente relativa al uso de teléfonos móviles por uno de los imputados, por lo que igualmente debe practicarse..

En lo relativo al resto de las diligencias, la nº 10 podrá practicarse de cara a juicio y las numeradas con el nº 8, ante la indeterminación en la solicitud como testificales o en calidad de imputados, denotan una inexistencia de indicios sobre la implicación de dichas personas en la instrucción, a pesar del tiempo transcurrido y las numerosas diligencias practicadas, que hace que esta Sala comparta el criterio de la Instructora respecto de las mismas. Y como testificales podrán ser practicadas en el acto del juicio.

DECIMO. No se aprecian razones para imponer, por temeridad o mala fe, las costas de esta alzada.

En atención de lo expuesto,

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Que debemos estimar y **ESTIMAMOS** el recurso de Apelación interpuesto por el Procurador Don Jorge Deleito García, en nombre y representación de **DOÑA CARMEN MENÉNDEZ GONZÁLEZ-PALENZUELA y otros** en ejercicio de la acción popular, contra los Autos de fecha 15 de julio de dos mil diez y el Auto de fecha 10 de enero de dos mil once que acordaron y ratificaron el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, **REVOCANDO** los mismos y dando lugar a la continuación de las diligencias.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

ASI lo acordaron y firman los Ilmos. Sres. Integrantes de la Sala. Doy fe.