

Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Sentencia 930/2010, de 21 de octubre

Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

Voces:

▶ Penal: Comisión del Delito: Infracción Penal: Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal: Atenuantes de la Responsabilidad Criminal: Análoga Significación

▶ Penal: Comisión del Delito: Infracción Penal: Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal: Atenuantes de la Responsabilidad Criminal: Eximentes Incompletas: Estado de Necesidad

▶ Penal: Delitos: Delitos contra la Administración Pública: Delito de Malversación de Fondos Públicos

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por la Sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 12 de febrero de 2010 , por un delito de malversación de caudales públicos. Y en el que han sido partes recurridas la entidad "**AXA AURORA IBERICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS**" con la representación de la Procuradora D^ª Magdalena Cornejo Barranco y la procesada **Nicolasa**, representada por la Procuradora M^ª Luisa Bermejo García, Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción n^º 7 de Barcelona, abrió diligencia previas n^º 1043/08 , contra Nicolasa , por un delito de malversación de caudales públicos, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona que con fecha 12 de febrero de 2010 en el rollo n^º 44/2009, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"SE DECLARA PROBADO QUE: la acusada Nicolasa , con DNI n^º NUM000 , mayor de edad y sin antecedentes penales, venía siendo titular desde el año 2003 de la Administración de Lotería núm. 187 de Barcelona, sita en la Travesera de Les Corts núm. 173, por lo que venía obligada semanalmente a ingresar en la cuenta bancaria oficial de operaciones de la Entidad Pública Empresarial LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO (L.A.E.) la liquidación correspondiente a las ventas de billetes de lotería y juegos activos, previo el descuento de sus comisiones y de los premios abonado por la misma Administración de Lotería de la que la acusada era titular.- En el mes de junio de 2007, la acusada, con ánimo de obtener un beneficio económico y pese a haber realizado ventas de billetes de lotería y juegos activos, hizo suya la suma de 24.354,34 euros que era el importe resultante de la liquidación de dicho mes, una vez deducidos los descuentos por comisiones y premios, sin que conste que con esta acción la acusada hubiera producido entorpecimiento o daño a la entidad LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO (L.A.E.).- Posteriormente la entidad LOTERÍAS Y APUESTAS DEL ESTADO (L.A.E.) fue indemnizada en la indicada suma de 24.354,34 euros por la compañía de seguros AXA AURORA IBÉRICA, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS.- La acusada hizo suya la cantidad de 24.354,34 agobiada por una mala situación económica por la que atravesaba y acuciada por la necesidad de hacer frente a las deudas domésticas, para lo que sus ingresos no eran suficientes por ser madre de familia monoparental con dos hijos de 17 y 20 años a su cargo, sin percibir pensión ni ayuda económica alguna del padre de sus hijos.- La acusada, con anterioridad a la celebración del juicio oral ingresó en la cuenta de consignaciones del Tribunal la suma de cien euros, contrayendo formal compromiso con la compañía de seguros AXA AURORA IBÉRICA, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS de abonar la indemnización de 24.354,34 euros en plazos mensuales de un mínimo de cien euros.-" (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.-Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Nicolasa como criminalmente responsable en concepto de autora de un delito de malversación de caudales públicos, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de reparación y análoga a la de estado de necesidad incompleto, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE CUATRO AÑOS, así

como al pago de las costas procesales y a indemnizar a la compañía de seguros AXA AURORA IBÉRICA, S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS en la suma de 24.354,34 euros, con el interés del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .- Conclúyase la pieza de responsabilidad civil." (sic)

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por El Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal, basa su recurso en el siguiente motivo:

Único.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el art. 21.6 en relación con el 21.1 y 20.5 del CP., atenuante análoga a la eximente incompleta de estado de necesidad.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 13 de octubre de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En su único motivo del recurso el Ministerio Fiscal denuncia, al concreto amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que se ha vulnerado el artículo 21.6 del Código Penal al haber aplicado la recurrida dicha causa de atenuación pese a no concurrir sus presupuestos.

La sentencia recurrida declaró probado que la acusada hizo suya la cantidad apropiada "*agobiada por una mala situación económica por la que atravesaba y acuciada por la necesidad de hacer frente a las deudas domésticas, para lo que sus ingresos no eran suficientes por ser madre de familia monoparental con dos hijos de 17 y 20 años a su cargo, sin percibir pensión ni ayuda económica alguna del padre de sus hijos*".

No discute el Ministerio Fiscal tales afirmaciones.

Pero valora las circunstancias dichas como **insuficientes** para dar por concurrente la causa de atenuación como situación análoga a la de exención incompleta -artículo 21.1 del Código Penal - por estado de necesidad -artículo 20.5 del mismo Código Penal - .

2.- Una primera cuestión debe ser advertida y resuelta: el cauce procesal utilizado por el Ministerio Fiscal limita el ámbito de conocimiento de este Tribunal de Casación y, por ello, el control que debe realizar de la sentencia recurrida, a la calificación jurídica que de los hechos probados que declara haga dicha sentencia. Pero sin que pueda prescindirse de parte de su contenido. Ni quepa matizar ampliándolo o modificándolo de cualquier suerte.

Y no ignora obviamente el Ministerio Fiscal tal contexto de su recurso. Por ello el debate que suscita se contrae precisamente a la insuficiencia del hecho probado tal como se declara.

Ciertamente esta declaración podría merecer la consideración de eventualmente incurso en la causa de la nulidad por quebrantamiento de forma prevista en el artículo 851.1º inciso final de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En efecto la consideración de una situación como *mala* , sin describirla en todos sus elementos configuradores, o proclamar la *insuficiencia* de ingresos omitiendo la cuantificación de los sometidos a esa valoración, no es solamente una suplantación de datos por la valoración de los que se omiten. Es que con tal comportamiento retórico el Tribunal de instancia dificulta la posibilidad de controlar la corrección de esas valoraciones.

Y, de tal suerte, se viene a limitar las posibilidades de defensa de las tesis de la acusación.

Pero esa nulidad no ha sido objeto de debate en este recurso. Y no cabe declararla de oficio. En efecto la hipótesis que la determina no se encuentra entre las excepciones al efecto que indica el artículo 240 párrafo último de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

3.- La cuestión que cabe examinar es si, incólumes, por no combatidas, aquellas afirmaciones, se justifica o no la atenuante analógica considerada en la recurrida.

Con carácter general cabe decir que este Tribunal ha venido admitiendo la atenuante por analogía en supuestos de diversa naturaleza, como recuerda la Sentencia nº 1.238/2009 de 11/12/2009 . Así, pueden enunciarse los casos en que las circunstancias del hecho y las exigidas en la norma (genérica del artículo 21 del Código Penal o específica de algún tipo penal concreto) que establece la respectiva atenuante guarden *semejanza en la estructura y características* y aquellos otros casos en los que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código penal, y que suponga la *ratio* de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido.

Y también, en lo que ahora nos interesa, cabe establecer la analogía cuando las circunstancias del caso tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas.

Las condiciones para la estimación de la analogía pasa por los siguientes parámetros.

Por un lado esa comparación de circunstancias no detecte **que falten los requisitos básicos** para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, sin que, por otro lado, se **pueda exigir una similitud y una correspondencia absoluta** entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, pues ello equivaldría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28 de enero de 1980 .

Asimismo, cuando se alegue una situación de necesidad, como indica la Sentencia nº 1216/2009 de 3 de diciembre , y ratifica la nº 13/2010 de 21 de enero , ha de partirse de que la esencia del estado de necesidad, completo o incompleto , radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

De tal premisa deriva la exigencia, para estimar cualquier atenuación de la responsabilidad penal, de dos valoraciones: **a)** la de la proporcionalidad y **b)** la de la necesidad.

La primera lleva a comparar el mal causado y el que se pretende evitar. Si se concluye que existe entre ambos una muy relevante desproporción, además de excluirse la exención, completa o incompleta, se excluirá también la analogía. Y así se ha entendido frecuentemente cuando el bien atacado es la salud pública para obtener ingresos económicos.

La segunda exige que el mal a evitar se presente como real, grave e inminente. De la medida de tales notas dependerá la intensidad de la influencia del estado en la medida de la responsabilidad penal. Pero además se requiere que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma, que establece el tipo penal cometido, sea ineludible, porque no quepa acudir a alternativas que conjuren aquel mal sin la comisión de éste. Obviamente de la graduación de tal posibilidad alternativa depende también la medida de la influencia en la exención o mera atenuación de la responsabilidad.

4.- Por lo antes dicho debemos partir de las afirmaciones establecidas en la declaración de hechos probados. Incluso asumiendo que no solamente describen datos empíricos sino juicios de valor.

Es verdad que de los mismos cabe concluir que no faltaban posibilidades alternativas para atender las necesidades familiares de la acusada. Pero que esa posibilidad no constan como de asequibilidad fluida y expedita. Por lo que no cabe predicar de innecesario el recurso a comportamientos ilícitos como cauce al que la acusada se vio en buena medida **compelida** . La sentencia afirma que actuó la acusada **agobiada y acuciada por la necesidad** . Tales afirmaciones implican que se cubre la exigencia de necesidad al menos en la medida de la mera atenuante simple por analogía.

Por otra parte afirma también la sentencia que la situación económica era **mala**. Y no como previsión, sino como algo ya dado. Y que los recursos eran **insuficientes** . En cuanto a la finalidad de lo obtenido era las necesidades familiares que la alimentación de dos hijos conlleva. Lo que satisface también la exigencia de **proporcionalidad** entre dicha finalidad y el sacrificio de bienes meramente económicos del perjudicado por el delito.

Ciertamente la tesis del recurrente público es que tales conclusiones no pueden suscribirse sin conocer los datos omitidos que la justificarían. Pero ya se ha dejado dicho que, no habiéndose reclamado la nulidad por esa omisión encubierta en discurso formal inválido, debe subsistir la realidad proclamada.

Por otra parte el recurrente también trata de poner en evidencia que están incumplidas las exigencias antes consideradas. Al efecto pone énfasis en que la sustracción no fue en un solo acto y que la cantidad o valor de lo sustraído era muy relevante.

Pero tales referencias no desvanecen de manera absoluta la influencia de las circunstancias económicas de la condenada como determinantes funcionales de su comportamiento. Éstas muestran identidad de estructura y fundamento que las que llevan a la exención, al menos incompleta. Es precisamente por eso por lo que la sentencia recurrida acota aquella influencia en el marco de la atenuante analógica.

Criterio que ratificamos con rechazo del recurso.

SEGUNDO.- No procede hacer pronunciamiento en cuanto a las costas de este recurso.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la Sección décima de la Audiencia Provincial de Barcelona con fecha 12 de febrero de 2010 , por un delito de malversación de caudales públicos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Luciano Varela Castro , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.