

Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 8 -
28035

Teléfono: 914934586,914934588

Fax: 914934587

REC AMCL3

37050980

N.I.G.: 28.079.00.1-2015/0016115

Recurso de Apelación 881/2015

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION DECIMOSEXTA

Rollo nº 881/15

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 1891/09

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N.º 5 DE MADRID

AUTO 514/15

AUDIENCIA PROVINCIAL

Ilmos. Sres. De la Sección Decimosexta.

MAGISTRADOS

D . Miguel Hidalgo Abia

D. David Cubero Flores

D. Javier-Mariano Ballesteros Martín (Ponente)

En Madrid, a uno de junio dos mil quince.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Procurador D. Jorge Deleito Garcia en nombre y

representación de Carmen Menéndez González -Palenzuela y otros se presenta recurso de apelación contra el Auto de 23 de febrero de 2015 por el que se estima el sobreseimiento provisional de las actuaciones formulado por el Ministerio Fiscal.

Dado traslado, el Ministerio Fiscal, José Manuel Pinto y José Oreja representados por la Procuradora D.^a Isabel Afonso Rodríguez y Sergio Gamón Serrano, José Luis Caro Vinagre y Antonio Coronado Martínez mediante escrito presentado por el Abogado D. Enrique Molina Benito, impugnan el recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo Sr. Magistrado D. Javier Mariano Ballesteros Martín

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso se interesa la revocación del sobreseimiento provisional, dictando tras los trámites legales oportunos resolución por la que se revoque el Auto recurrido y se acuerde que se continúe el presente procedimiento y en consecuencia se proceda a dictar Auto de conversión al procedimiento del Jurado.

El Ministerio Fiscal, José Manuel Pinto y José Oreja, representados por la Procuradora D.^a Isabel Afonso Rodríguez y Sergio Gamón Serrano, José Luis Caro Vinagre y Antonio Coronado Martínez, mediante escrito presentado por el Abogado D. Enrique Molina Benito, manifiestan su oposición al recurso

SEGUNDO.- El recurso de apelación interpuesto debe prosperar en base a lo siguiente:

- La resolución que se impugna resuelve decretar el sobreseimiento provisional en base a que no se han concretado los indicios iniciales que la Audiencia puso de manifiesto, principalmente en cuanto al ánimo de lucro y la determinación del montante económico malversado, al no existir indicios suficientes de la concurrencia de los

elementos del tipo de los artículos 432 , 433 y 434 del Código Penal .

- Esta Sección , mediante Auto de 21 de enero de 2014 acordó admitir la declaración de Yolanda Laviana en calidad de testigo .

- Consta que , advertida la referida testigo de lo dispuesto en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que se puede acoger al derecho a no declarar , dado que los hechos sobre los que se le va a preguntar suceden mientras la testigo estaba casada con Sergio Gamón , la precitada manifiesta en dicho acto que se acoge a su derecho de no declarar .

A la vista de lo anterior que es lo que se hace constar en la comparecencia de la mencionada en el Juzgado de Instrucción no aparece justificado que en este caso se cumpla la razón de ser de la dispensa a declarar , cual es la solidaridad derivada del vínculo familiar que une a un testigo con un imputado en el momento en el que el que tiene que testificar . Así , como recoge la Sentencia n.º 78/2011 de 21 de febrero de 2011 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Castellón , haciendo referencia a lo proclamado por el Tribunal Supremo al respecto : “En efecto, como dice la STS de 22 de febrero de 2007 la razón de ser de la excepción o dispensa de declarar al pariente del procesado o al cónyuge que establece el artículo 416 LECrim (LA LEY 1/1882)., tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Esta colisión se resuelve con la dispensa de declarar , que es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima del delito que se imputa al inculpado. Y tanto la relación conyugal como la unión estable análoga a la matrimonial generan una semejante capacidad de crear los estrechos afectos de pareja, de suerte que concurren en ambos supuestos las razones de solidaridad que pueden conducir a la dispensa de declarar . Solidaridad justificadora de la excepción no sólo desaparece en los supuestos de divorcio (art. 85 (LA LEY 1/1889) y 88 Código Civil (LA LEY 1/1889)), sino que también lo hace en los casos de un firme y decidido cese afectivo en la relación de hecho asimilable. Entonces ya no existe el vínculo de familiaridad con el acusado que

justifique una exención de la obligación de declarar del testigo.

Entendemos que la causa de exención ha de concurrir en el momento de la declaración , pues es entonces cuando comparece en el proceso como testigo, surgiendo entonces todas las obligaciones y deberes inherentes a esa condición, siendo entonces cuando debe concurrir la causa de exención de declarar .”

-Esta Sección ya se pronunció en el sentido de que existen indicios suficientes acerca de la comisión de delito de malversación de caudales públicos objeto de la Causa ; así en Autos de 14 de marzo de 2011 y de 22 de marzo de 2011 se recogió la existencia de tales indicios en base a :

1º) Que los informes policiales llegan a determinar la autoría de los partes de seguimiento .

2º) Las declaraciones de los tres asesores imputados por su imprecisión , vaguedad y ausencia de credibilidad .

3º) Resultado de la Pericial caligráfica a los folios 2312 y siguientes con relación a Pinto .

4º) Con respecto de Sergio Gamón , las declaraciones de los asesores , teniendo en cuenta su dependencia orgánica .

5º) Que los cinco imputados tienen carácter de funcionarios .

-La resolución que ahora se recurre no recoge ninguna circunstancia que acaecida posteriormente al precitado pronunciamiento sobre existencia de indicios no hubiera podido ser tomada en cuenta al dictarse el mismo y que hubiera podido provocar una decisión diferente .

-Sobre la posible calificación de los hechos indiciariamente apreciados como un posible delito de malversación , también las mismas resoluciones referidas de esta Sección se pronunciaron al respecto . De esta manera se contempla en los precitados Autos que indiciariamente se han utilizado varios funcionarios a los que se estaba pagando su nómina para destinarlos a fines ajenos a la causa pública , habiendo sido destinados jornadas enteras

durante muchos días al mes , al menos durante tres meses a fines ajenos a la función encomendada .

Se hace referencia a la Jurisprudencia a los efectos de dicha tipicidad , y en concreto se trae a colación que se ha producido una definición jurisprudencial del término caudales públicos , comprensivos de todos los bienes y personal que las administraciones públicas tienen para el desarrollo de su función pública , y que el ánimo de lucro exigible se refiere a cualquier beneficio , incluso no patrimonial , que pueda recibir el autor del delito o un tercero .

Se añade que la dificultad en la determinación del importe no constituye obstáculo para que no pueda descartarse el grave perjuicio para la causa pública, no siendo igualmente descartable poder hacerse la evaluación del perjuicios a través de las nóminas correspondientes , los vehículos usados , el combustible repostado y los consumos de móviles .

-Y a propósito de que la Causa se pueda continuar únicamente con la existencia de acusación popular , las mismas resoluciones de 14 de marzo de 2011 y de 22 de marzo de 2011 dictadas por esta Sección también se pronunciaron favorablemente a dicha continuación , en base a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos , encontrándonos ante un delito de carácter público como es la malversación de caudales públicos .

-Como se recogió en Auto de 21 de enero de 2014 dictado por esta Sección , haciendo referencia a otra resolución dictada por esta Audiencia , en concreto ,por la Sección Diecisiete en Auto n.º 1089/2011 de 16 de noviembre de 2012 ,“ en relación ... con la apreciación de si existen o no indicios que justifiquen (con carácter indiciario y provisional) la perpetración del hecho denunciado ,entendemos que dichos indicios tienen que ser mínimos para considerarlos suficientes “ ; lo cual por lo tanto ya impediría el dictado de un sobreseimiento .

En el presente caso, no se ha descartado por esta Sección , mediante los Autos antes

mencionados , la posible comisión por determinadas personas identificadas de hechos constitutivos de delito de malversación de caudales públicos.

-Esta Sección , en resoluciones posteriores de 16 de mayo de 2012 y 21 de enero de 2014 , se hizo constar que la misma ya se había pronunciado en el sentido de la existencia de indicios de unos hechos que podrían constituir un delito de malversación de caudales públicos .

-El Juzgado de Instrucción debe cumplir con lo resuelto por el Órgano jurisdiccional superior , y proceder por lo tanto en el sentido que ya fue acordado por esta Sección de continuación del Procedimiento .

-Por supuesto, la decisión de continuar no afecta a la presunción de inocencia de los imputados , la cual se mantiene incólume dada la fase procesal en la que nos encontramos, en la cual únicamente se hace un pronunciamiento provisional en términos de indicios .

En consecuencia con todo lo argumentado, procede dejarse sin efecto el sobreseimiento decretado, acordándose en su lugar la continuación del Procedimiento por los trámites legalmente previstos.

TERCERO.- 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

SE ESTIMA el recurso de apelación presentado por el Procurador D. Jorge Deleito Garcia en nombre y representación de Carmen Menéndez González -Palenzuela y otros contra el Auto de 23 de febrero de 2015 por el que se estima el sobreseimiento

provisional de las actuaciones formulado por el Ministerio Fiscal, el cual se revoca dejándose sin efecto el sobreseimiento decretado, acordándose en su lugar la continuación del Procedimiento por los trámites legalmente previstos .

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

Contra esta resolución no cabe recurso.

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