



Roj: **STSJ M 2655/2003 - ECLI:ES:TSJM:2003:2655**

Id Cendoj: **28079310012003100037**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/02/2003**

Nº de Recurso: **4/2001**

Nº de Resolución: **5/2003**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **ANTONIO EDUARDO PEDREIRA ANDRADE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 9535/2002,**  
**STSJ M 2655/2003**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sala de lo Civil y Penal

MADRID

Refª.- Rº Apelación Ley del Jurado 21/02

Apelante: Sebastián

Apelado: Ministerio Fiscal y Abogado del Estado

Sección 5ª AP. Madrid

Rollo 4/01

Juzgado de Instrucción nº 5 de Alcorcón

Procedimiento Jurado 1/01

En Madrid, a diecinueve de febrero de dos mil tres.

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD DE MADRID, constituida por el Excmo. Sr. don JAVIER MARÍA CASAS ESTÉVEZ, Presidente, y los Iltmos. Sres. Don JOSE MANUEL SUÁREZ ROBLEDANO y Don ANTONIO PEDREIRA ANDRADE, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### **SENTENCIA N° 5/03**

Visto en juicio oral y público, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal del Jurado de 18 de julio de 2002, dictada por el Iltmo. Sr. Magistrado-Presidente, D. Arturo Beltrán Núñez, siendo parte apelante el acusado Don Sebastián, representado por la Procuradora Doña Pilar Moyaño Núñez y defendido por el Letrado D. Jose Miguel Arroyo Fernández y compareciendo como partes apeladas el Ministerio Fiscal, y el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente el Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Iltmo. Sr. Don ANTONIO PEDREIRA ANDRADE, por quién se expresa el parecer de la Sala.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**





PRIMERO.- Por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado, Iltrmo. Sr. Don Arturo Beltrán Núñez, se dictó Sentencia, de 18 de julio de 2002, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "... Condenar a Sebastián , como autor del calificado delito de malversación de caudales públicos, con la concurrencia de las circunstancias atenuantes apreciadas, a las penas de 1 año, 1 mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación para el sufragio pasivo durante la condena, e inhabilitación absoluta por tiempo de dos años, e imponerle el pago de las costas del juicio.- Dése a las cantidades consignadas el destino procedente conforme a lo razonado en el penúltimo fundamento de esta resolución."

SEGUNDO.- Contra la precitada Sentencia del Tribunal del Jurado se interpone recurso de apelación por la Procuradora D<sup>a</sup> Pilar Moyano Núñez, en representación de Don Sebastián , por dos motivos. El motivo primero " POR INFRACCION DE NORMAS Y GARANTIAS PROCESALES ART 846 bis c), apartado a) LECRIM.- Por infracción de precepto constitucional, de la exigencia contenida en el artículo 120.3 de la Constitución Española, a propósito del requisito prevenido en el art. 61.1.d) de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LO 5/95, de 22 de Mayo). Por falta de expresión de la explicación sucinta de las razones que han llevado al Jurado a hacer las declaraciones contenidas en el acta de votación y pronunciamiento sobre cuestiones no propuestas en el veredicto. Concretamente sobre el hecho de que no existan devoluciones intermedias. Hecho sobre el que no fue preguntado el Jurado y sin embargo sí se pronunció en el veredicto y el Magistrado-Presidente en la Sentencia."

El motivo segundo, por "INFRACCION DE LA NORMA 846 BIS C), Apartado e) VULNERACION DEL DERECHO A LA PRESUNCION DE INOCENCIA EN RELACION CON EL APARTADO B). Inaplicación del art. 433 CP. "

## HECHOS PROBADOS

La Sentencia del Tribunal del Jurado de 18-7-2002, contiene la siguiente declaración de HECHOS PROBADOS: "PRIMERO.- El acusado Sebastián , mayor de edad, sin antecedentes penales, prestó sus servicios como funcionario público en la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, oficina de Alcorcón, desde enero de 1999 a junio del año 2000, destinado en la Unidad de Recaudación.- Entre noviembre de 1998 y junio del 2000, el acusado realizó en varias ocasiones la siguiente operación: Luego de que distintos contribuyentes ingresaran el importe de sus deudas tributarias en el Banco colaborador, y las fuera entregado el correspondiente documento justificante del pago, Sebastián anulaba los apuntes de dichos ingresos, deforma que no figuraban en el arqueo diario, e informaba al cajero del banco de que el pago se había hecho por error y solicitaba la entrega del dinero, alegando que era para restituirlo al contribuyente. Repitió esta operación en no menos de 21 ocasiones y consiguió así que le fuera entregado dinero, por importe, en conjunto, no inferior a 3.542.658 pts (21291,80 euros) dinero del que dispuso y destinó a diversos juegos y apuestas sin que su intención inicial fuera otra que la de apropiarse de esas cantidades.- SEGUNDO.- El día 30 de junio del 2000, cuando los hechos aun no habían sido descubiertos, el acusado presentó denuncia contra si mismo ante el Juez de Instrucción de Alcorcón, reconoció haber sustraído la cantidad de 3552664 pts (21351,80 euros) y consignó esa cantidad en la cuenta correspondiente del Juzgado, en restitución de lo sustraído.- TERCERO.- El acusado es adicto al juego lo que disminuye notablemente su capacidad de control de impulsos en orden a obtener dinero para satisfacer dicha adicción. "

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primer motivo del recurso de apelación se articula por supuesta falta de motivación jurídica, estimándose conculcado el artículo 120.3 de la CE., en relación con el art. 61.1.d) de la LOTJ.

Este primer motivo no puede prosperar ya que, tanto el Veredicto, como la Sentencia, contienen una motivación suficiente.

Los Jurados, a pesar de la condición de legos en Derecho, emitieron un Veredicto en el que establecieron, como elementos de convicción, los siguientes: "... Quedado probado documentalmente que D. Sebastián es funcionario público y según sus propias declaraciones, confirmadas documentalmente sustrajo entre noviembre de 1998 y junio de 2000 en no menos de 21 ocasiones fondos públicos por valor de no menos de 3.542.658 pts.- La intención es muy difícil de evaluar y por lo tanto nos hemos atendido a los hechos. Los hechos nos indican que en el largo período de sustracciones en ningún momento se devolvió ninguna de las cantidades sustraídas con dinero del acusado, por lo tanto la intención inicial de devolver no ha quedado demostrada.- Reconocemos su ludopatía y la autoconfesión como atenuantes y pedimos que se tenga en cuenta a la hora de dictar sentencia, pero consideramos que la probada reincidencia en su ludopatía y las dificultades expresadas por el psiquiatra forense sobre la definitiva curación de su enfermedad ponen en peligro el ejercicio de una labor de funcionario con responsabilidades directas sobre la gestión de fondos públicos. "



La motivación ha sido, pues, suficiente, y se ha respetado el principio de contradicción. La ratio de la necesidad de motivación se encuentra en hacer controlable el proceso lógico mediante el cuál ha llegado el Tribunal al momento de la decisión. La motivación constituye una garantía moderna, desconocida en el Derecho intermedio, aunque en esta etapa no se admitía arbitrariedad, estableciéndose que el arbitrio del Juez se debe regular según los términos del derecho y de la equidad "iudicis arbitrium regulari debet secundum términos iuris et aequitatis".

La motivación no sólo constituye una garantía para el justiciable, sino también para el Estado, dado el interés público en que la justicia se administre correctamente. El Tribunal del Jurado asegura, mediante la obligación de motivación, contra las sospechas de arbitrariedad o de parcialidad. La doctrina científica y la jurisprudencia, mantienen que la motivación no obliga a extenderse a refutar todos los argumentos y todos los resultados procesales, sino sólo los que sirven para justificar su condición.

El Veredicto y la Sentencia constituyen un todo inescindible e indivisible y responden a una unidad lógica y jurídica. La motivación exige mayor amplitud en la Sentencia de instancia que en la de apelación, ya que, en esta última, puede omitirse, por superflua, la motivación sobre los puntos que ya no son controvertidos. En la apelación el Tribunal debe motivar sobre lo que haya constituido objeto de motivos específicos y legítimos de apelación. La motivación del Tribunal del Jurado, debe ser, en lo posible, concisa y clara.

La Sentencia recurrida del Tribunal del Jurado se basó en el veredicto, resultando breve y razonable, motivándose tanto en cuanto a los hechos, como respecto al Derecho, observándose el principio de la libre convicción del juzgador.

Es radicalmente incierto que la sentencia impugnada no motive su decisión, tanto en su parte fáctica como en su parte jurídica. En efecto, los Fundamentos de Derecho primero y segundo de la misma declaran literalmente: PRIMERO.- La cualidad de funcionario público del acusado, su destino, la pluralidad de sustracciones cometidas y la cuantía total de las mismas no ha sido objeto de controversia. Son hechos acreditados documentalmente y reconocidos por el acusado. Posiblemente por un error aritmético, éste restituyó 3.552.664 pts (21351,94 euros), en vez de las 3.542.658 pts (21291,80 euros) sustraídos, pero ello en nada afecta al relato de hechos probados en cuanto a la calificación de los mismos, aunque tenga incidencia en orden a la responsabilidad civil.- El núcleo del debate ente las acusaciones y la defensa ha sido si el acusado tenía intención meramente de uso transitorio del dinero y de restitución del mismo, o tenía intención de hacerlo suyo, aunque lo restituyera finalmente, lo que afecta al tipo penal y a la calificación de los hechos pues en un caso la tipificación debe hacerse conforme al art. 433 párrafos 1º y 2º del Código Penal (ya que la restitución se produjo dentro del plazo previsto en dicha norma, y aún antes del mismo) y en el otro deberán calificarse los hechos conforme al artículo 432- apropiación definitiva del dinero - sin perjuicio de la positiva conducta postdelictual de devolver, reconducible al art. 21.5 del Código Penal, como mera circunstancia atenuante.- El Jurado entiende que no hay el menor indicio de la voluntad inicial de mero uso y ha declarado culpable al acusado de tener la intención de quedarse definitivamente el dinero. Para ello se ha basado en cuatro hechos: el elevado número de sustracciones - no menos de veintiuna -; el largo período en que tuvieron lugar tales sustracciones - a lo largo de más de año y medio-; el hecho de que no se produjera ninguna devolución intermedia, con dinero propio, antes de la devolución final; y el destino del dinero a juegos y apuestas por un adicto a esas actividades. Es evidente que el jurado se ha atendido a hechos incontrovertidos - plurales sustracciones, largo espacio de tiempo, no devolución intermedia alguna con el propio dinero y destino al juego - todos ellos reconocidas por el propio acusado. Con ello contestaba implícitamente dos alegatos de la defensa el relativo a la sustracción de un cheque por importe de 960.000 pts. (5769,72 euros) que destinó el acusado a cubrir el importe de sustracciones anteriores, pues es evidente que el hecho de devolver o restituir es muy distinto del hecho de tapar o encubrir sustracciones anteriores con otras posteriores, todas ellas de dinero ajeno; y el relativo a que todo ludópata, conforme al dictamen pericial psiquiátrico, aspira a devolver lo que ha obtenido ilícitamente si la suerte le favorece en el juego; pues no puede confundirse la ilusión, lo ilusorio, con la intención y es absurdo hablar de un propósito firme de devolver cuando éste se condiciona a un singularmente improbable éxito en la apuesta; y cuando se sigue tomando el dinero y disponiendo de él uno y otra vez, lo que conocida e inexorablemente requiere para la devolución un premio tanto más difícil de obtener cuando más elevado.- SEGUNDO.- Los hechos que se declaran probados constituyen un delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 432 párrafo 1º en relación con el artículo 74 del Código Penal. En efecto, aprovechando idéntica ocasión, el acusado se apropiaba de caudales ingresados ya a favor de la Administración Tributaria y a los que, de hecho, tenía capacidad de acceder, precisamente ligada a su cualidad de funcionario público. Ya se ha razonado anteriormente que no puede hablarse de una utilización transitoria de ese dinero, lo que excluye la aplicación del art. 433 del Código Penal, pese a la final restitución. "

La Sentencia, al igual que el Veredicto, han sido objeto de argumentación motivadora suficiente.



La doctrina jurisprudencial sobre el art. 120.3 CE. en su conexión con el art. 61.1.d) LOTJ., establece criterios hermenéuticos contrarios a la pretensión del recurrente en este motivo de apelación.

La valoración probatoria conjunta corresponde al Jurado que debe motivar su Veredicto. El Magistrado Presidente debe respetar la ponderación probatoria del Jurado. La Sentencia del Tribunal del Jurado debe motivar y fundamentar la valoración del Jurado. El Tribunal del Jurado es el único que adopta la resolución con plena aplicación de los principios de inmediación procesal y de oralidad; lo que no sucede ni con el recurso de apelación restringido, que se tramita ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, ni con el recurso de casación ante la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.

El propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 125/2002 de 20 de mayo, nos recuerda la necesidad de las garantías de oralidad e inmediación para poder proceder a revisar la valoración probatoria. En la apelación restringida, y "sui generis", en la que nos encontramos, rige la garantía de contradicción, en absoluto la de inmediación, por lo que no procede un nuevo examen de la valoración probatoria. Se exceptúa, obviamente, el control, en esta sede, como, en su caso, en la del Tribunal Supremo, en vía de casación, y en la del Tribunal Constitucional, en vía de amparo, de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta (STC 125/2002 de 20 de mayo, F Jur° 2) "mutatis mutandis" aplicable a la fijación fáctica y valoración efectuadas en el veredicto del Tribunal del Jurado y la Sentencia del Magistrado- Presidente que lo acoge.

Ello no implica que el Jurado tenga un poder discrecional, omnímodo y arbitrario, para valorar la prueba y realizar la descripción fáctica. Está obligado a motivar fácticamente el Veredicto y concretar los elementos de convicción, explicando sucintamente las razones por las que los jurados han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados; y el Magistrado Presidente debe reflejar la motivación jurídica y ponderación probatoria en la Sentencia, incluyendo en la misma como hechos probados y delito objeto de condena, el contenido correspondiente del Veredicto.

El Jurado está integrado totalmente por legos, por lo que no puede exigírsele una explicitación jurídica minuciosa y exhaustiva del Veredicto. La Sentencia del Magistrado- Presidente del Tribunal del Jurado debe ser respetuosa con el Veredicto y la voluntad del Jurado, explicitando, motivando y concretando la fundamentación jurídica, como ha sucedido en este caso concreto sometido a conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en vía de recurso de apelación.

Las resoluciones del Magistrado-Presidente y el Veredicto han sido racionales, razonables, y motivadas fáctico jurídicamente, en la forma exigible por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; que manifiesta que "el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface siempre que el órgano judicial competente haya resuelto en Derecho y razonadamente sobre las pretensiones deducidas en el proceso, incluso si se declara la inadmisión de la acción o recurso instado, en aplicación, asimismo fundada en Derecho, de una causa legal de inadmisión" (Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1984, de 26-12; 4/1985, de 18-1; 24/1987, de 25-2; 47/1990, de 20-3; 93/1990, de 23-5; 42/1992, de 30-3; 28/1993, de 25-1; y 267/1993, de 20-9).

Tanto el Veredicto como la Sentencia están suficientemente motivados, de forma ajustada a Derecho, respetando el Magistrado-Presidente la decisión del Tribunal del Jurado.

El derecho a la tutela judicial efectiva no implica que la resolución tenga que ser favorable. Se respeta este derecho fundamental, aunque la resolución sea desfavorable o adversa, siempre que esté fundada en Derecho y suficientemente motivada. En palabras del Tribunal Constitucional "la tutela judicial efectiva, que reconoce y garantiza el artículo 24-1 de la Constitución, no supone el éxito de las pretensiones o de las razones de quien promueve la acción de la justicia (Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992, de 8-4). No comprende la obtención de pronunciamientos conformes con las peticiones o intereses de las partes, ni cuya corrección o acierto sea compartida por éstas, sino razonados judicialmente y que ofrezcan respuesta motivada a las cuestiones planteadas (Sentencias del Tribunal Constitucional 202/1987, de 17-12; 2/1988, de 20-1; 33/1988, de 29-2; 40/1989, de 16-2; y 230/1992, de 14-12). En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, razonada y razonable" (Sentencias del Tribunal Constitucional 163/1989, de 16-10, y 2/1990, de 15-1).

La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales no impone, según el Tribunal Constitucional, una "minuciosa respuesta a todos y cada uno de los argumentos jurídicos esgrimidos por las partes en apoyo de sus pretensiones (Sentencia del Tribunal Constitucional 70/1991, de 8-4), siempre que la resolución conjunta o no pormenorizada de los mismos de respuesta suficiente a los argumentos esgrimidos por las partes (Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1987, de 5-2, y 28/1987, de 5-3). No exige del Juez o Tribunal una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le ha llevado a resolver en un determinado sentido, ni le impone una determinada extensión, intensidad o alcance en el razonamiento empleado, sino que para su cumplimiento es suficiente que conste de modo razonablemente claro cuál ha sido el fundamento de Derecho

de la decisión adoptada, criterio de razonabilidad que ha de medirse caso por caso, en atención a la finalidad que con la motivación ha de lograrse y que queda confiado al órgano judicial competente (Sentencia del Tribunal Constitucional 100/1987, de 12-6). Basta, a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos (Sentencia del Tribunal Constitucional 196/1988, de 24-10). La motivación no está necesariamente reñida con el laconismo (Sentencia del Tribunal Constitucional. 154/1995, de 24-10) y la motivación por remisión satisface las exigencias que derivan del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que se produzca de forma expresa e inequívoca." (Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1996, de 25-6).

La STS 1825/2001, de 16 de octubre de 2001, confirma el criterio de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en orden a la motivación del veredicto, toda vez que a un Tribunal de legos no es posible exigirles más en este punto de lo que plasmaron, con inusitada amplitud, en la fundamentación del veredicto. La suficiencia de la fundamentación del veredicto no puede ser apreciada "a priori" con criterios generales, sino que es preciso examinar las circunstancias concurrentes en cada caso... puesto que una motivación concisa no deja de ser una motivación, al cumplir con lo preceptuado en el art. 61.d) de la Ley del Tribunal del Jurado, que obliga a una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar un hecho como probado (SSTS, de 3-3-1999, 14-1 y 14-2-2000, 16-10-2001).

Por todo lo anterior debe ser desestimado el primer motivo del recurso de apelación.

SEGUNDO.- El correspondiente motivo de apelación conecta la presunción de inocencia con el artículo 433 del Código penal, (art. 846 bic, c) apdo. e, en relación con el b) de la LECr.)

En cuanto a la presunción de inocencia está plenamente enervada y desvirtuada al existir prueba de cargo.

Los argumentos de la Sentencia para excluir la malversación de uso del art. 433 del Código Penal, no obstante la final restitución, son ajustados a derecho en cuanto que la argumentación que desarrolla es razonada, fundamentada y minuciosa. El Tribunal del Jurado apreció atenuantes, pero no hasta el extremo de considerar como probada una conducta que llevase, a fortiori, a la aplicación pura y simple del tipo, más benévolo, del art. 433 CP., pues, como claramente se determina en la Sentencia de instancia, no han concurrido los requisitos fijados en el tipo.

Se acogieron las atenuantes y se impuso una pena inferior en dos grados a la abstractamente prevista, por la Ley, restituyéndose, incluso 60,14 euros, por lo que la sentencia puede ser calificada de justa razonable y hasta equitativa, lo que no ha podido el Tribunal del Jurado es decir que no existió el delito tipificado normativamente.

La jurisprudencia realiza una interpretación sistemática y teleológica de la presunción de inocencia, radicalmente diferente de la postulada por el recurrente.

La presunción de inocencia puede desvirtuarse no sólo mediante la prueba directa, sino también por la prueba circunstancial, que es aquella en la que el indicio, que lleva desde un hecho conocido a otro desconocido por su mutua relación entre ambos, ha de ser inmediato y necesario, grave y concluyente, o lo que es lo mismo, siempre que, con base en un hecho plenamente demostrado, pueda inferirse la existencia de otro, por haber entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado (STC 174/1985, 229/1988, 197/1989, 124/1990, 78/1994 y 133/1995).

La presunción de inocencia se ha convertido en casi una cláusula de estilo o fundamento jurídico repetitivo, en la mayoría absoluta de los recursos de apelación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, desbordando su contenido y límites. Se trata de un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, de indudable importancia y trascendencia. Tanto el Veredicto, como la Sentencia, tienen que ser motivados y debe explicitarse la base probatoria que enerva, desvirtúa e impide la aplicación del principio de presunción de inocencia. Ahora bien, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, no puede convertirse en un cajón de sastre y en un derecho ilimitado, que se utiliza para cuestionar los hechos probados, la valoración probatoria y la fundamentación jurídica, en todos o la mayoría de los casos, y sin base fáctica jurídica, ni fundamento alguno en muchos de ellos.

Por supuesto que el principio constitucional de presunción de inocencia constituye un fundamento esencial del proceso penal, y, en los casos de "duda razonable", debe absolverse al acusado. En este caso concreto no sucede así, puesto que hay pruebas suficientes a efectos de enervar la presunción y no concurre "duda razonable"

El término "apreciación en conciencia" no ha de interpretarse o hacerse equivalente a cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador; sino a una apreciación lógica de las pruebas (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1988).

El control de la sentencia recurrida no debe realizarse sólo sobre la existencia de prueba, sino también sobre la racionalidad y razonabilidad de la misma.

Para desvirtuar la presunción no sólo resultan necesarios unos indicios, sino la racionalidad de la prueba practicada. No basta el criterio cuantitativo del "mínimo de prueba", sino el cualitativo de "racionalidad", que permite comprobar la observancia de las leyes de la lógica de lo razonable, de los conocimientos científicos y de los principios de experiencia. El órgano jurisdiccional no está sometido al sistema de prueba tasada, pero sí a la motivación, justificada y razonable, así como a la valoración racional de la prueba. Los criterios racionales que han presidido y guiado la valoración de la prueba son controlables.

Constitucionalmente se afirma y presume la inocencia del acusado según reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, "para llegar a la condena es necesario que, mediante una actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías - practicadas en el juicio para hacer posible la contradicción (Sentencias del Tribunal Constitucional. 31/1981, de 28-7; 101/1985, de 4-10; 145/1985, de 28-10 y 148/1985, de 30-10), y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentamente infringiendo derechos o libertades fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1987, de 7-10, quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas la convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyen el delito. Si no han quedado probados esos elementos fácticos el Tribunal puede no entender sustituida la inicial inocencia, como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que se demuestre lo contrario, la culpabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 124/1983, de 21-12), o sea, que la desplace una prueba adecuada exigible en todo caso para que el Tribunal pueda condenar (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20-2). Queda, pues, vulnerada la presunción de inocencia cuando el acusado haya sido condenado, sin una actividad probatoria de cargo o cuando el Tribunal de la causa se haya valido de pruebas no idóneas o ilegítimas para desvirtuar dicha presunción. " (Sentencia del Tribunal Constitucional. 254/1988, de 21-12).

La presunción de inocencia es una presunción "iuris tantum", que admite prueba en contrario, y que invierte la carga de la prueba. El Tribunal Constitucional mantiene que la presunción de inocencia "constituye una presunción "iuris tantum " que garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción, que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria, sobre la cuál el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad (Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1990, de 17-9). La presunción de inocencia supone que, como se parte de la inocencia, quien afirma la culpabilidad ha de demostrarla y es a la acusación a quien corresponde suministrar la prueba de la culpa del ciudadano presumido inocente; no demostrándose la culpa, procede la absolución, aunque tampoco se haya demostrado adecuadamente la inocencia, pues es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado y no es éste quien tiene que probar su inocencia. "(Sentencias del Tribunal Constitucional 64/1986, de 21-5, y 44/1989, de 20-2).

El Tribunal Constitucional tiene declarado que " la presunción de inocencia exige para poder ser desvirtuada una actividad probatoria de cargo, producida con las debidas garantías procesales y de la que pueda deducirse razonada y razonablemente la culpabilidad del acusado, debiendo, en principio, realizarse tal actividad probatoria, para dar cumplimiento a los principios de oralidad, inmediación y contradicción que presiden el proceso penal, en el acto del juicio oral. " (Sentencias del Tribunal Constitucional. 31/1981, de 28-7; 254/1988, de 21-12; 44/1989, de 20-2; y 3/1990, de 15-1).

La concreción de los hechos declarados probados y la valoración conjunta de la prueba corresponde al Tribunal del Jurado y no al particular, interesado, parcial y subjetivo criterio del recurrente.

"Los órganos de la jurisdicción penal pueden llegar a considerar probados ciertos hechos incriminadores a partir de presunciones basadas en la lógica y en la razón humana, así como en el común entendimiento y experiencia. A tal efecto el Tribunal Constitucional ha exigido, que se parta de unos hechos probados y que de éstos se llegue a considerar acreditados los que constituyen la infracción penal, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano (Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, de 17-12; 175/1985, de 17-12; 169/1986 de 22-12 y 150/1987, de 1-10).

La valoración del material probatorio aportado al proceso es facultad, que pertenece a la potestad jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (Sentencia del Tribunal Constitucional 80/1986, de 17-6), a quienes corresponde ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia, en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia (Sentencia del Tribunal Constitucional 175/1985, de 17-12). Además, la valoración de la prueba se refiere a la valoración del conjunto del material probatorio, lo que impide que pueda ser invocado el derecho a la presunción de inocencia para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal o parcialmente integrante de la resolución judicial que le ponga término (Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983, de 23-11, y 44/1989, de 20-2). Existiendo esta actividad probatoria válidamente practicada, la valoración que el órgano competente



realice no puede ser sustituida por la que mantenga la parte que discrepe de ella, ni por la del Tribunal Constitucional, cuya función de defensa de la presunción de inocencia en la vía de amparo se limita a constatar si esa prueba existe y, en su caso, si la valoración que de la misma ha hecho el órgano judicial es razonable (Sentencia del Tribunal Constitucional 138/1990, de 17-9). La apreciación de los medios de prueba es materia que escapa a la revisión en vía de amparo, al constituir función propia y atribuida en exclusividad a los órganos judiciales. La protección dispensada por el artículo 24.2 de la Constitución sólo puede ser prestada en vía de amparo a través de la constatación de una carencia total de los medios de prueba ilícitamente obtenidos, es decir, como consecuencia de la inexistencia de acreditación alguna que desvirtúe la presunción establecida en aquel precepto, pero no cuando se fundamenta en la suficiencia o insuficiencia o en la diferente valoración de las que se practicaron (Sentencia del Tribunal Constitucional. 98/1989, de 1-6). En definitiva, corresponde al Tribunal Constitucional, y para la protección del derecho fundamental a la presunción de inocencia, comprobar si se ha realizado, y con las debidas garantías, una actividad probatoria "inculpatória", es decir, si ha habido pruebas de las que se pueda razonablemente deducir la probatoria llevada a cabo por el órgano judicial no han sido arbitrarias, irracionales o absurdas (Sentencias del Tribunal Constitucional 140/1985, de 21-10; y 175/1985, de 17-12), deforma que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada acrediten la culpabilidad del acusado (Sentencias del Tribunal Constitucional. 174/1985, de 17-12, 44/1989, de 20-2).

La presunción de inocencia se asienta sobre dos ideas esenciales de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del artículo 117.3 de la Constitución, y, de otro, que, para desvirtuar la presunción de inocencia, los medios de prueba válidos son los utilizados en el juicio oral y los preconstituídos de imposible o muy difícil reproducción, así como también las diligencias policiales y sumariales practicadas con las garantías que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que sean reproducidas en el acto del juicio oral en condiciones que permita a la defensa del acusado someterlas a contradicción (Sentencias del Tribunal Constitucional. 64/1986, de 21-5; 80/1986, de 17-6; y 82/1988, de 28-4).

La presunción de inocencia depende, en cuanto a su contenido concreto, de la configuración contenida en las leyes procesales, que no pueden enervarla ni desvirtuarla, dada la superior jerarquía del principio constitucional.

La doctrina del Tribunal Constitucional y la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, han supuesto el regreso a la concepción originaria y actual de la "convicción en conciencia" del juzgador, como resultado de la valoración libre de la prueba. Según el Tribunal Constitucional, el juzgador no puede prescindir de la prueba practicada regularmente en el proceso y sólo sobre los resultados de ésta puede apoyar el juicio fáctico de la sentencia, con independencia de que los resultados de la valoración de la prueba coincidan o no con su convicción personal acerca de la certeza de los hechos. Se reitera, en un hipotético conflicto entre la "convicción en conciencia" del juzgador de que el acusado es culpable y una valoración de la prueba que no pueda conducir a la fijación de la culpabilidad del acusado, ha de prevalecer esta última, no siendo posible la condena.

La moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo hace referencia a la aplicación y vinculación del juzgador a las reglas del criterio racional, de la lógica, de los principios generales de la experiencia y al respeto a los derechos fundamentales y de la presunción de inocencia.

La doctrina especializada ha resaltado cómo, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, parte, ahora, como principio general, de la premisa de que la facultad revisora, que corresponde al Tribunal Supremo, se extiende a la comprobación de la racionalidad y la conformidad con las reglas de la experiencia de la valoración de la prueba realizada por el juzgador de instancia. Sobre este principio se asienta la fiscalización, que el Tribunal Supremo ejerce, en relación con el engarce lógico entre los indicios y los hechos.

El Tribunal Supremo admite, en relación con la prueba, la fiscalización casacional de la conformidad de su valoración con las reglas de la lógica, de la experiencia, pero, en principio, solo en la medida en que no dependa de la intermediación y de la oralidad. Estos dos motivos rigen, y se aplican en toda su extensión, cuando actúa el Tribunal del Jurado.

El Tribunal Constitucional ha declarado que, el derecho a ser presumido inocente, como regla de juicio del proceso, "determina una presunción, la denominada "presunción de inocencia", con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba. Desde este punto de vista, el mencionado derecho significa que, toda condena, debe ir precedida siempre de una actividad probatoria. Significa, además, que las pruebas tenidas en cuenta para fundar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas. Supone, asimismo, que la carga de la actividad probatoria pesa sobre los acusadores y, que no existe nunca carga del acusado sobre la prueba de su inocencia con no participación de los hechos" (Sentencia del Tribunal Constitucional 109/1986). En consecuencia, la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio,



opera, en ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena, a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable, en virtud de pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías (Sentencia del Tribunal Constitucional 81/1998).

La presunción de inocencia constituye uno de los principios claves de la Constitución Española y del Ordenamiento Jurídico Penal y Procesal Español. La doctrina especializada, y el Tribunal Constitucional, han elaborado distintas explicaciones teóricas en torno a la naturaleza y significado de este principio.

El Tribunal Constitucional empezó configurando la presunción como una presunción "iuris tantum" que admite prueba en contrario. (Sentencias del Tribunal Constitucional de 24-7-1981, 15.10-1982, 21-12-1983, 7-2-1984, 21-12-1985) También el Tribunal Supremo (Sala 2ª) configuró inicialmente el principio como presunción "iuris tantum" (Sentencias del Tribunal Supremo. Sala 2ª de lo Penal - de 11-1-1985; 23-4-1985; 23-12-1985; 4-2-1986; 6-11-1987; 14-12-1987). La Sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-1988 la califica como "iuris tantum", que no exime a la parte acusada de realizar una actividad probatoria a su favor, cuando exista un mínimo de prueba en su contra. No obstante, debe recordarse que, la regla general, es que la carga material de la prueba corresponde exclusivamente a la acusación y no a la defensa.

Otro sector doctrinal y jurisprudencial configura la presunción de inocencia como "verdad interina" (Sentencias del Tribunal Supremo 30-5-1986; 6-2-1987; 15-3-1988; 29-6-1989 y 17-4-1991) en virtud de la cual, el acusado de la comisión de un delito debe ser considerado inocente, mientras no se practique, con las debidas garantías procesales, una mínima actividad probatoria de cargo (Sentencias del Tribunal Constitucional de 28-7-1981; 26-7-1982; 7-2-1984 y 21-10-1985). El Tribunal Supremo ha seguido el mismo criterio hermenéutico, aunque con matizaciones y atemperaciones (Sentencias del Tribunal Supremo 22-1-1986; 4-2-1986; 9-3-1988 y 30-1-1989), si bien, en ocasiones, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, utiliza el término "suficiente", en lugar del calificativo de "mínima" (Sentencias del Tribunal Supremo 12-9-1986 y 14-4-87).

La presunción de inocencia debe desvirtuarse a través de una actividad probatoria suficiente, de signo incriminatorio, esto es, de cargo. La carencia absoluta de actividad probatoria de carácter incriminatorio impide condenar al acusado. En este caso concreto, sometido a conocimiento de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la actividad probatoria de signo incriminatorio fue abundante y suficiente, enervando la presunción de inocencia de la parte recurrente.

No se desvirtúa ni enerva el principio de presunción de inocencia cuando concurre "penuria probatoria" (Sentencia del Tribunal Supremo 1-6-1982), "total ausencia de prueba" (Sentencia del Tribunal Supremo 17-1-1986), "total vacío probatorio" (Sentencia del Tribunal Supremo 16-12-1986), "desolado y desértico vacío probatorio" (Sentencias del Tribunal Supremo 16-9-1985 y 18-5-1987), "completa inactividad probatoria" (Sentencia del Tribunal Supremo 18-3-1987),

La doctrina especializada destaca la doble dimensión del principio de presunción de inocencia, de una parte como regla normativa vinculante de tratamiento del imputado, y de otra, como regla normativa probatoria y del proceso, debiendo absolverse al acusado en el caso de duda razonable.

El Tribunal Supremo (Sala 2ª de lo Penal) ha equiparado en ocasiones las denominaciones de presunción "iuris tantum" de inocencia y "verdad interina" (Sentencias del Tribunal Supremo de 2-4-1996 y 18-9-1997) conceptuando la presunción de inocencia como una "simple verdad interina de inculpabilidad", considerando esta expresión como correcta y resaltando que ha sido acogida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dándole carta de naturaleza jurisprudencial, aunque un sector doctrinal objeta que no denominaría nunca a la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado de "interina", por la idea de provisionalidad necesaria que sugiere.

El Tribunal Supremo ha sintetizado la doctrina jurisprudencial sobre la presunción de inocencia en los siguientes términos: "como han señalado, entre otras muchas, las Sentencias 576/96, de 23-9; 590/96, de 16-9; 563/96, de 20-9 y 659/96, de 28-9, la presunción de inocencia "presenta las siguientes características indicadas, en las Sentencias de este Tribunal 61/91, de 18-1; 119/95, de 6-2 y 833/95, de 3-7: a) El derecho fundamental a la presunción de inocencia es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular. Así resulta del art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10-12-48 ("toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa"); del art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16-12-66, según el cual "toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada ". De tales textos resulta la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado y así se declara en la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional.- Sentencias, entre muchas, 31/81, 107/83, 17/84, 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y 34/96- como de esta Sala por todas, la reciente 473/96, de 20-5; lo que es consecuencia de la norma



contenida en el art. 1251 del Código Civil, al tener la presunción de inocencia la naturaleza de "iuris tantum".

b) Su verdadero espacio abarca, dos extremos fácticos la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendiendo el término "culpabilidad" (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa) como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico penal - Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 9-5-89, 30-9-93 y 1684/94 de 30-9-. Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación - Sentencias del Tribunal Constitucional, entre varias, 195/93, y las en ella citadas)-, c) Sólo puede considerarse prueba de signo incriminatorio o de cargo la que reúna las condiciones siguientes 1) Que sea obtenida sin vulneración de derechos fundamentales, directa o indirectamente, conforme requiere el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2) Que se practique en el plenario o juicio oral o, en los supuesto de prueba anticipada o preconstituída, en la fase de instrucción siempre que sea imposible su reproducción en aquel acto y que se garantice el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción -Sentencias del Tribunal Constitucional 76/90, 138/92, 303/93, 102/94 y 34/96-. d) Supone en trance casacional (o en su caso de amparo constitucional), si se cumplen las anteriores exigencias, únicamente la comprobación de que en la causa exista prueba de signo incriminatorio o de cargo que pueda razonablemente ser calificada como suficiente, pero sin posibilidad de proceder en este recurso extraordinario a un nuevo análisis crítico de la prueba practicada, lo que incumbe privativamente al tribunal propiamente sentenciador o de instancia en virtud de los arts. 177.3 de la Constitución española y 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: y así lo recuerda una copiosa doctrina jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Supremo 470/98 de 1-4).

La reciente jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo conceptúa la presunción de inocencia como una verdad, provisional o interina. El derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa de un comportamiento activo por parte de su titular. El acusado no necesita demostrar su inocencia, por lo que puede permanecer pasivo, sin proponer la práctica de pruebas que acrediten su inocencia, ya que nada tiene que probar en cuanto a su inocencia, sin perjuicio del derecho que le asiste de hacerlo. Así resulta del artículo 24.2 de la Constitución española, y de los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues, como resalta el Tribunal Supremo, "de tales textos no resulta sólo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino además, el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpabilidad, que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo, suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico- penal" (Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 18 septiembre 1997).

TERCERO.- En el Ordenamiento Jurídico Procesal Español está reconocida la prueba testifical de referencia, aunque origina dudas, dada su regulación normativa insuficiente y el confusionismo de sus causas.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 217/1989 de 21 de diciembre reconoció la validez de la prueba testifical de referencia, sirviendo de base a la doctrina jurisprudencial posterior. En esta resolución el Tribunal Constitucional declaró que "la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los tribunales de la jurisdicción penal pueden tomar en consideración en orden a fundar la condena, pues la ley no excluye su validez y eficacia, excepto para las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra (artículo 813 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que se requiere que se haga constar tal circunstancia, por lo que exige precisar el origen de la noticia en virtud de la cual comparece en el proceso. Es cierto que la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deba rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencias u oídas, porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original y directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible, y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es, como en cualquier otra prueba, el relativo a su veracidad y credibilidad".

En la Sentencia 35/1995 de 6 de febrero el Tribunal Constitucional vuelve a establecer, como criterio hermenéutico, que "El testimonio de referencia, como prueba admisible en derecho (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) ha sido, a su vez, reconocido explícitamente por este Tribunal, como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia".

El Tribunal Constitucional Español sigue la tesis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, exigiendo, para desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, que se trate de casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (Sentencia del Tribunal Constitucional 303/93). En este punto la doctrina de este Tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE en relación con el



artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso Delta, de 19 diciembre 1990; caso Isgro, de 19 de febrero 1991; caso Asch, de 26 abril 1991, entre otras).

En su Sentencia 131/1997 de 15 de julio el Tribunal Constitucional vuelve a ratificar su tesis sobre los testigos de referencia, argumentando que existe doctrina reiterada de este Tribunal admitiendo que, dicho medio, 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, Sentencia del Tribunal Constitucional 217/1989). El Tribunal Constitucional Español reconoce que su doctrina sobre la prueba sumarial anticipada, o la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial en el juicio oral, tiene su base y precedente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había declarado como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, 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 diciembre; Isgro c. Italia, 19 febrero 1991; Asch c. Austria, 26 abril 1991; en particular, sobre la prohibición de testigos anónimos Windisch c. Austria de 27 septiembre 1990 y Ludl c. Suiza de 15 junio 1992).

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid admitió la validez de la prueba testifical de referencia en su sentencia de 30 de Octubre de 2000, que fue ratificada íntegramente en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993, admite los testigos de referencia con carácter subsidiario de los directos y que su testimonio puede ser tomado como medio de prueba para desvirtuar la presunción de inocencia cuando al juicio oral no acudieren los testigos de referencia.

La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1998, declaró: "Ahora bien, tales reservas - incluso la inidoneidad de los testimonios de referencia para fundar por si solos una sentencia condenatoria, a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 11 de marzo 1994 - descansan sobre el presupuesto de que haya sido posible presentar al Tribunal al testigo presencial del que derive el saber del testigo de referencia. Como se indica en STC 217/1989, " es cierto que la regulación de la Ley responde como tendencia, al principio de inmediación de la prueba entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste, pero ello no significa que deban rechazarse en forma absoluta los testimonios de referencia u oídas porque no siempre es posible obtener y practicar la prueba original directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba original directa, que en muchos supuestos puede devenir imposible y, en definitiva, la problemática que plantea la prueba de referencia es como en cualquier otra prueba, la relativa a su veracidad y credibilidad ". A la luz de esta doctrina, cabe sostener que el Tribunal de instancia, ponderando la imposibilidad o extrema dificultad de que la declaración de la testigo presencial llegase a producirse y juzgando tener elementos suficientes para valorar la credibilidad de la de referencia, pudo denegar la suspensión del juicio oral y dictar sentencia, sin incidir por ello en el motivo de casación previsto en el artículo 850.1 LE.Crim. y sin percutir el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa que garantiza el artículo 24.2 CE., lo que nos lleva a la desestimación de los dos motivos del recurso". En consecuencia, el testimonio de referencia, cuando el testigo directo se encuentra en paradero desconocido, tiene plena validez, y se puede valorar como cualquier otra prueba, tal y como ha realizado el Jurado de forma totalmente acertada en el presente procedimiento. "

La doctrina jurisprudencial ha distinguido el tipo subjetivo del art. 433 C.Penal respecto del del artículo 432 C.Penal. La Sentencia del Tribunal del Jurado, de 18 de julio de 2002, objeto de este recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, también efectúa esta distinción y lo hace de manera motivada, argumentando que no puede hablarse de una utilización transitoria del dinero, lo que implica excluir la aplicación del artículo 433 C.Penal, pese a la final restitución.

La doctrina y la jurisprudencia definen la modalidad de la apropiación (art. 432 C.Penal) diferenciándola de la modalidad de la distracción (art. 433 C.Penal). La conducta delictiva consistente en la apropiación se conceptúa como aquel comportamiento, por el cual el funcionario realiza un acto de dominio sobre una cosa, que ya tiene en su poder, con ánimo de incorporarla de forma definitiva a su patrimonio, o proceder respecto de ella como si fuera dueño. La conducta de distracción consiste en un comportamiento a través del cual un funcionario público, valiéndose de medios de apropiación, usa indebidamente los caudales o efectos públicos, sin intención de apropiárselos y con ánimo de restituirlos, separándolos o apartándolos temporalmente del ámbito público en que se encontraban.

Conforme a ello puede sostenerse que, lo que diferencia la modalidad de "apropiación" (art. 432 CP.), frente a la modalidad de "distracción" (art. 433 CP.) es el diferente elemento subjetivo. La primera implica una intención de excluir a la Administración de los caudales, de una forma definitiva; mientras que la segunda implica solamente



la intención de privar temporalmente a la misma de las facultades de uso de los caudales, puesto que el funcionario actúa con intención de restituirlos.

La jurisprudencia exige para calificar la conducta delictiva como subsumible en el art. 433 C.Penal, que se evidencie el propósito de usar la cosa temporalmente para luego reintegrarla a la Administración pública, lo que no sucede en este caso, ya que, el Jurado, ha estimado que existió "animus apropiandi" con carácter definitivo (Sentencias Tribunal Supremo 29-11-1978; 21-6-1979; 27-6-1981; 11-7-1990; 18-11-1992; 12-7-1993...)

La jurisprudencia ha denegado el beneficio de la excusa semiabsolutoria (Sentencias Tribunal Supremo 6-5-1960; 22-5-1962; 7-5-1963; 24-3-1964; 12-6-1965; 17-1-66; 27-5-1993), considerando que lo decisivo es el ánimo transitorio o definitivo en la sustracción del caudal público.

La Sentencia del Tribunal del Jurado de 18-7-02, recurrida, manifiesta literalmente que no concurre una utilización transitoria del dinero por lo que está excluida la aplicación del art. 433 C.Penal pese a la final restitución (Fundamento Jurídico 2º "in fine"). La Sentencia fundamenta esta categórica afirmación argumentando jurídicamente que no hay el menor indicio de voluntad inicial de mero uso, basándose en cuatro hechos: a) el elevado número de sustracciones - no menos de 21-; b) el largo período en que tuvieron lugar tales sustracciones, -a lo largo de más de dos años y medio-; c) el hecho de que no se produjese ninguna devolución intermedia, con dinero propio, antes de la devolución final; d) el destino del dinero a juegos y apuestas, por un adicto a esas actividades.

El delito de peculado impropio, tipificado en el art. 433 C.Penal, no resulta aplicable a este caso concreto, desde el momento en que existió ánimo de apropiación definitiva y quedó acreditado que no concurrió el propósito de coger la cosa temporalmente para luego reintegrarla.

El Tribunal del Jurado no se excedió en sus atribuciones, ni ha originado indefensión para averiguar, dentro de su competencia, lo sucedido y hacer justicia conforme a la verdad jurídica, cuya fijación es de su soberana competencia.

Por todo ello, debe, también, desestimarse este segundo motivo de apelación.

Se declaran en este recurso de apelación las costas de oficio. En cuanto a las costas originadas en la instancia, se confirma la declaración sobre las mismas contenida en la Sentencia del Tribunal del Jurado de 18 de julio de 2002.

Vistos los preceptos citados y demás de aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y Ley Orgánica del Poder Judicial.

En atención a todo lo expuesto y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución Española nos confiere

## FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Don Sebastián , representado por la Procuradora Dª Pilar Moyano Núñez, contra la Sentencia del Tribunal del Jurado, (Sección 5ª, Magistrado-Presidente lltmo. Sr. Don Arturo Beltrán Núñez), de fecha 18 de julio de 2002, considerando dicha sentencia ajustada a Derecho, declarando de oficio las costas de esta apelación y confirmando la declaración sobre las mismas contenida en la Sentencia del Jurado de 18 de julio de 2002.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra la misma, cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que puede ser interpuesto, en su caso, dentro del plazo de cinco días contados desde la última notificación de la sentencia, solicitando testimonio de la misma, manifestando la clase de recurso que trate de utilizar, por medio de escrito autorizado por Abogado y Procurador.

Dedúzcase testimonio de ésta resolución, y una vez que la misma sea firme remítase, en unión de los autos originales, a la Audiencia Provincial de procedencia.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.