

Roj: **STS 2203/2004 - ECLI:ES:TS:2004:2203**Id Cendoj: **28079120012004100406**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **31/03/2004**Nº de Recurso: **288/2003**Nº de Resolución: **406/2004**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **GREGORIO GARCIA ANCOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Marzo de dos mil cuatro.

En el recurso de casación por Infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por la representación del acusado Luis Carlos así como el acusador particular IZQUIERDA UNIDA, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala Civil y Penal, de fecha diez de diciembre de dos mil dos, que le condenó por delito de malversación de caudales públicos; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen, se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos, siendo también parte el Ministerio Fiscal y D. Guillermo como recurrido, representado por la Procuradora Sra. Dña. Isabel Alfonso Rodríguez, y siendo representados dichos recurrentes por los Procuradores Sr. D. Isidro Argos Simón y D. Pedro Antonio González Sánchez, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1.- El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, instruyó sumario ordinario con el número 1/91, y una vez concluso, dictó sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil dos, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"PRIMERO.- Calificación de la zona de las llamas.

1.- El día 6-5-88 el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, presidido por el encausado D. Luis Carlos , acordó, a propuesta del mismo, la tramitación de expediente para declarar bien de interés cultural como conjunto histórico-artístico la zona de Santander denominada Las Llamas, con arreglo a la Ley 16/1.985, de 25 de junio, sobre Patrimonio Histórico Español, y a la norma reglamentaria que la desarrolla parcialmente, constituida por el Real Decreto 111/1986, de 10 de enero . Dicho acuerdo se adoptó sin consulta previa alguna a los Servicios Técnicos de la Consejería de Cultura y con la finalidad de paralizar la ejecución del Plan Especial urbanístico de la referida zona proyectado por el Ayuntamiento de Santander, cuya aprobación estaba prevista en la sesión del pleno municipal convocada para el día 9 del mismo mes. En consonancia con dicha finalidad, el acuerdo del Consejo de Gobierno fue notificado al Ayuntamiento por conducto notarial en la tarde del propio día en que se adoptó.— 2.- No constan los motivos de tales interés y premura en paralizar la actuación municipal en la zona de Las Llamas, ni siquiera los de la divergencia de criterios entre la Diputación Regional o su DIRECCION001 y el Ayuntamiento de Santander sobre la calificación y la ordenación urbanística de dicha zona. Antes al contrario, los estudios y anteproyectos del Plan Especial habían sido realizados cuando era DIRECCION000 el señor Luis Carlos ., el año anterior. Pero lo incuestionable, en cuanto evidente para cualquier persona que conozca la zona de Las Llamas, es la ausencia de todo interés cultural y de conjunto histórico alguno en ella. Así lo manifestó el Secretario General Técnico de la Consejería de Cultura al señor Luis Carlos ., antes de ser adoptado el acuerdo de iniciar el expediente y así lo informaron también en el curso de su tramitación los Colegios Oficiales de Arquitectos de Santander y de Burgos, como lo hizo igualmente la asesoría jurídica de la Consejería de Cultura en el recurso que interpuso el Ayuntamiento contra el acuerdo del Consejo de Gobierno, sugiriendo todos estos informes la posibilidad de proteger el espacio en cuestión





mediante otras distintas medidas. En cambio, fue favorable a la calificación propugnada el dictamen emitido en nombre de la Real Academia de Bellas Artes de San Fernando.— 3.- Sometido el expediente a información pública, casi un año después de su iniciación, se formularon diversas reclamaciones, entre las que fue atendida por el Consejo de Gobierno en su reunión del 13-9-89 la de excluir de la repetida calificación una parcela propiedad de una sociedad anónima cuyas acciones habían sido adquiridas casi totalmente unos diez meses antes por otra sociedad en la que era socio mayoritario un cuñado del señor Luis Carlos .— 4.- El expediente fue finalmente elevado al Ministerio de Cultura, que lo devolvió sin proponer su aprobación al Consejo de Ministros por considerar que no existían datos que lo permitiesen, sin perjuicio de que pudieran completarse mediante nueva documentación, lo que no se hizo, quedando archivado el expediente en la Diputación Regional.

SEGUNDO.- Adjudicación del suministro de carteles de obras.-

1.- El Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad de la Diputación Regional de Cantabria había venido ocupándose hasta el mes de junio de 1.988 de confeccionar los carteles anunciadores de todas las obras públicas realizadas con cargo a la Diputación Regional, a costa de los respectivos contratistas, que previa inclusión del precio de los carteles en los de las contratas, asumían la obligación de abonarlo y de retirar los carteles de los talleres o almacenes del referido Servicio y colocarlos en las correspondientes obras. Así lo había acordado el Consejo de Gobierno en 31-10-85.— Los materiales para confeccionar los carteles, consistentes en chapas metálicas y de plástico, fundamentalmente, eran suministrados por empresas dedicadas a la elaboración o preparación y cortado de unas y otras, y el pintado o la grabación sobre estas chapas se efectuaba por una empresa especializada en esa tarea, mediante un procedimiento conocido como serigrafía.— Sin que se conozca que hubiera alguna petición ni antecedentes, el Jefe del mencionado Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad, D. Rafael , ya fallecido, redactó para el Servicio de Contratación y Compras, dependiente de la Consejería de la Presidencia, un informe el día 10-6-88, en el que hacía constar el precio de cada cartel, con dimensiones algo mayores que las adoptadas hasta entonces, añadiendo al coste de fabricación de los carteles el calculado para la colocación, pero sin tener en cuenta el de su posible mantenimiento, por importe total de 87.506 ptas.— 2.- En día que no consta del mismo mes de junio de 1.988, pero anterior al 22, en que se adoptó el acuerdo que luego se dirá, el socio mayoritario y gerente de la empresa Obras y Proyectos de Cantabria, SA (en siglas y en sucesivo, Oyprocansa), de pequeña dimensión y dedicada a la actividad de la construcción y venta de edificios y a obras públicas, que había realizado anteriormente algunas obras de escasa entidad para el Ayuntamiento de Santander, cuando era DIRECCION000 el señor Luis Carlos , fue informado, a petición suya, en el repetido Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad sobre la identidad de las empresas que fabricaban y suministraban los materiales y la que realizaba la serigrafía de los carteles y de sus costes, y seguidamente formuló por escrito ante la Diputación Regional oferta de confección y colocación de los carteles por importe de 141.306 ptas. cada uno, aceptando diferir su cobro, aunque los hubiera instalado, hasta tanto no se hiciese la deducción de su precio en la primera certificación de la obra presentada por el correspondiente contratista.— 3.- Sin tramitación de expediente alguno, sin concurso ni consulta de precios a otras empresas y sin otros datos o informes ni antecedentes constatados, y tampoco siquiera alegados, que los anteriormente expuestos, el Consejo de Gobierno, bajo la DIRECCION001 del Sr. Luis Carlos , acordó en 22-6-88 adjudicar a Oyprocansa la confección y colocación de carteles en todas las obras públicas realizadas con cargo a la Diputación Regional, por el importe ofertado de 141.306 ptas. cada cartel, aduciéndose como causa de tal adjudicación directa «los efectos de conseguir una mayor coordinación y urgencia en la instalación» de esa cartelería. Como coordinador para la ejecución del acuerdo se designó al asesor del DIRECCION001 regional para asuntos de Bienestar social, D. Ernesto , que había sido concejal en el Ayuntamiento de Santander cuando era DIRECCION000 el Sr. Luis Carlos , y a cuyas órdenes directas actuó en el cometido de coordinación del suministro y pago de la cartelería de obras que se le había encomendado, y que desempeñó con escasa eficacia, según los resultados a que luego se hará referencia. El acuerdo del Consejo de Gobierno prevenía el pago de los carteles al adjudicatario a través de una cuenta extrapresupuestaria de la Diputación Regional denominada «Agrupación de valores independientes», siempre después de haberse contabilizado como ingreso en ella el importe de los respectivos carteles, previa su deducción del de la primera certificación de la obra, como ya se ha dicho, debiendo estipularse así en todos los pliegos de condiciones de contratas o adjudicaciones de obras.— 4.- La mencionada cuenta pública de Agrupación de valores independientes carece de fondos de origen presupuestario (de ahí la calificación que se le ha dado de extrapresupuestaria) y tiene como función la de servir a modo de depósito de ingresos de fondos que tienen un destino ulterior preestablecido del cual no es beneficiaria la Diputación Regional, como, por ejemplo típico, las retenciones fiscales que luego han de ser ingresadas en la Hacienda Estatal, por lo que no pueden efectuarse pagos con cargo a esa cuenta sin haberse contabilizado en ella los previos ingresos o abonos correspondientes a aquellos, ni para otros fines distintos a los mismos, ni cabe tampoco que la cuenta presente déficit o saldo contable negativo alguno.— 5.- En su reunión del día 9-12-88 el Consejo de Gobierno, sin la asistencia de su DIRECCION001 , acordó extender la adjudicación efectuada a Oyprocansa a cuantas obras fuesen subvencionadas, y no sólo íntegramente financiadas y contratadas, por la Diputación





Regional, estableciéndose que en tales casos el pago de los carteles se haría con cargo al presupuesto de publicidad y propaganda, pese a que continuaba sin tramitarse expediente alguno. Frente a este acuerdo expuso su disconformidad la Intervención Delegada de Hacienda el 17-1-89, cuyo informe fue ratificado por el de la Intervención General de 30 del mismo mes, debido a no ser posible imputar dicho pago a fondos públicos, sino con cargo a los ingresos efectuados en la cuenta de valores independientes, en los términos ya indicados.— 6.- Como consecuencia de retrasos en los ingresos del importe de los carteles en la cuenta de valores independientes, bien fuese por demorarse la primera certificación de la obra o por omitirse en ella la deducción del precio del cartel o de los carteles, en su caso, o por omitirse o demorarse el ingreso por parte del correspondiente Servicio de la Diputación Regional receptor de la certificación, en cuanto manifestaciones todas de la escasa eficacia en la coordinación del sistema de pago de la cartelería de obras, era frecuente que transcurriese un tiempo, que la empresa adjudicataria de este suministro consideraba excesivo, entre la colocación de los carteles y su cobro, ante lo cual el gerente y socio mayoritario de dicha empresa expuso la situación al Sr. Luis Carlos , quien le prometió resolverla. En efecto, en nueva reunión del 1-2-89 el Consejo de Gobierno, esta vez con la asistencia de su DIRECCION001 , no sólo acordó prorrogar la adjudicación de que se trata a Oyprocansa para el año 1989, continuando sin expediente ninguno, sino que además se efectuasen los pagos aunque no se hubieran realizado los ingresos correspondientes a ellos en la cuenta repetidamente aludida.— 7.- Ante la persistente ausencia de todo trámite administrativo en esta adjudicación, el Servicio de Contratación y Compras dirigió en 16-2-89, incluso sin conocer el acuerdo anteriormente relatado, un informe al Consejero de la Presidencia haciendo notar la inexistencia de expediente, la omisión de concurso, sin justificarse la adjudicación directa ni el precio, y la falta de subsidiaria consulta previa a otras empresas, advirtiendo la posible exigencia de responsabilidades por parte del Tribunal de Cuentas y señalando la conveniencia de convocar concurso público para adjudicar la cartelería de obras durante el año 1989. Ante tal informe, el Consejero de la Presidencia recabó presupuestos de tres empresas que eran asiduamente contratistas de obras de la Diputación Regional (Monobra, Ascan y Aglomerados del Cantábrico), cuyos precios fueron superiores a los ya fijados y conocidos de la adjudicación efectuada a Oyprocansa ocho meses antes, y además sin dar publicidad ni incorporar tales presupuestos a expediente alguno, que continuó sin tramitarse.— 8.- Como consecuencia del sistema de pago anticipado a los ingresos por deducción de los precios de los carteles en las primeras certificaciones de obras, acordado por el Consejo de Gobierno en 1-2-89 para satisfacer la pretensión del representante de Oyprocansa en orden a obtener una mayor puntualidad en el cobro del suministro, tal como se ha expuesto, la cuenta de valores independientes presentó veinte días más tarde de dicho acuerdo un saldo negativo de 95.967.403 ptas., según informó el Interventor Delegado de Hacienda al Interventor General, quien en 22 del mismo mes de febrero de 1989 puso de manifiesto dicha situación al Consejero de Hacienda, apuntando como causas la falta de coordinación entre las retenciones de los importes de los carteles y su pago con cargo a la repetida cuenta y recabando medidas que evitasen la necesidad de suspender los pagos con arreglo a la Ley de Finanzas de la Comunidad. Pese a ello, no se adoptó medida alguna y el acuerdo de 1-2- 1989 continuó aplicándose y produciendo saldos negativos persistentes en esa cuenta a lo largo de los años 1989 y 1990, hasta que en diciembre de este último año se constituyó un nuevo Gobierno y se rectificó el sistema, consiguiendo reducirse el déficit contable a 10.175.835 ptas. en abril de 1991, mediante un más riguroso control en las deducciones del importe de los carteles con cargo a los contratistas de obras.— El total de los pagos a Oyprocansa desde la adjudicación inicial en junio de 1988 hasta el cambio de Gobierno en diciembre de 1990 fue de 246.457.527 ptas., habiendo producido los persistentes saldos negativos unos costes financieros de 8.827.593 ptas., según informe valorativo realizado por el Gabinete de Política Financiera y Control de Ingresos con fecha 31-12-91, pero cuya cantidad ya era conocida y había sido devengada en 26 de julio del mismo año, puesto que en esta fecha fue cargada por los servicios financieros de la Diputación Regional en la cuenta de Oyprocansa, junto con otras cantidades aún mayores, hasta un total de más de 21 millones de ptas., necesarios para equilibrar este concepto contable de la cuenta de valores independientes como consecuencia de los pagos de carteles previos a los ingresos, constando el reembolso por parte de Oyprocansa del saldo negativo informado en dicha fecha del 26-7-91, que era de 7.487.256 ptas., a petición del representante de la empresa inmediatamente después de haber sido dictado el auto por el que se transformaban en sumario las diligencias previas origen de este proceso.

TERCERO.- Comunicaciones remitidas a prensa y radio.

1.- La abundante prueba documental dedicada exclusivamente a la materia que en los escritos de conclusiones provisionales se denomina «remitidos de prensa», distribuida en doce tomos o piezas con un total de 2.098 folios, además de en otros con numeración independiente dedicados a la tramitación del sumario, acredita que durante los años 1988, 1989 y 1990 fueron publicados numerosos artículos y anuncios de la Diputación Regional de Cantabria y de su DIRECCION001 , con diversos contenidos propagandísticos, institucionales, políticos, partidistas y electoralistas, mediante contratación directa con varias agencias de prensa, sin tramitación de expediente ni previos informes jurídico y fiscal, pagados por la habilitación de la presidencia con cargo al capítulo presupuestario sobre publicidad y propaganda institucional, tras convalidación del gasto





por el Consejo de Gobierno. De entre tales artículos o anuncios tienen que ser aquí destacados y relatados los que se dirán a continuación por orden cronológico, dada su posible trascendencia penal. – a) El día 12-1-89, en El Diario Montañés, un artículo firmado por « Luis Carlos - DIRECCION001 de la Diputación Regional de Cantabria», con el título de «Carta abierta a un corifeo», dirigido a un representante sindical de la UGT, donde dice que a los sindicalistas «nunca les ha preocupado nada que esté lejos del olfato de sus narices o de la miopía de sus ojos»; se dice también al destinatario de la denominada carta: «es Ud. más simple que la maquinaria de un sonajero»; que «a mí lo que me daría pena es que a un tal sujeto como a Ud. le pareciera bien mi forma de gobernar», y que «más vale que la palabra trabajo no la mencione (yo), no sea que eche a correr (Ud.) en cuanto la oiga». El precio de esta publicación fue de 201.600 ptas.— b) El día 27-5- 89, en El Diario Montañés, un artículo con igual pie de firma titulado «Falso regionalismo, falso regionalista», dirigido al DIRECCION001 del partido regionalista de Cantabria, en el que, tras comenzar diciendo que «necio es debatir con inútiles», contiene las siguientes expresiones especialmente reveladoras de su contexto: «No tiene más proyecto político que la venta del Alerta». «Nuestro proyecto político es el único regionalista... y el regionalismo en estos momentos soy yo». «El señor Guillermo se ha vendido al señor Raúl ». « Guillermo es un instrumento vil que el PSOE utiliza... y hace cuanto les parece, cuanto necesitan y cuanto precisen, como subir ahora ese esperpento a la Televisión de Madrid para expandir su imagen a toda España, lo que es una vergüenza para los cántabros. Porque hasta su aspecto es de sucio, como son sus ideas. Tiene un aspecto deplorable y realmente es una vergüenza que este señor represente a un grupo político de esta Región. El es el auténtico tráfugo y el auténtico vendido».- Finalmente, dice de este adversario político que «engaña a los electores en nombre del regionalismo para quitar votos al centro derecha y entregárselos al PSOE» y que las personas «se van dando cuenta del carácter ladino, artero y miserable de dicho sujeto». Su coste fue de 184.800 ptas.— c) El día 30-5-89, en El Diario Montañés, un anuncio que el periódico dice ser «publicidad», con igual pie de firma que los dos anteriores, titulado «La actitud inicua del Sr. Luis Angel », en el que expresa que «la actitud Don Luis Angel , miembro del Partido Regionalista de Cantabria, está sujeta a las directrices del PSOE, partido con el que ha suscrito un pacto engañando fraudulentamente al electorado». Este anuncio costó 78.400 ptas.— d) Los días 2 y 3-6-89 en El Diario Montañés, dos escritos iguales que el periódico dice ser también «publicidad», suscritos por « Luis Carlos », cuyo título es « Guillermo : un siervo del PSOE disfrazado de regionalista», en los que comienza diciendo: «Si alguna duda existía de la entrega, sumisión, puesta a disposición, del Sr Guillermo al Partido Socialista, ha quedado probado con su espectáculo en Madrid». Después expone que «se ha entregado al Sr. Raúl en un oscuro manejo de intereses» y que «el Sr. Guillermo acude a Madrid, a la televisión, en el momento preciso que el PSOE le utiliza, como un perro cuando el amo le llama, y le hace ladrar, saltar y bailar en el momento preciso». La factura, también pagada con fondos públicos, ascendió a 151.200 ptas. por la publicación del día 2 y a 184.800 ptas. por la del día 3.— e) El día 4-6-89, en El Diario Montañés, igualmente como «publicidad», otro artículo suscrito por « Luis Carlos », titulado «El valor de la verdad en la democracia», donde, después de afirmar que «el Sr. Guillermo miente», expresa que «Le ofrecí en un pacto de gobierno, como es lógico entre partidos, la Vicepresidencia de la Diputación Regional de Cantabria y la Consejería de Agricultura. Todo a una misma persona, a él. Seguro que se asustó, desde luego, porque verse con esa responsabilidad y con obligación de trabajar... ahora no me extraña que no saliera corriendo». Termina con estas frases: «... la mentira del Sr Guillermo y de su adlátere Raúl o mejor dicho del Sr Raúl y su adlátere Guillermo son imperdonables en política. Tienen que retirarse y tienen que dejar a esta región tranquila, que ya les llevamos padeciendo demasiados años, de vociferar, gritar, esperpentear e insultar». Esta publicación también se pagó con cargo a la Diputación Regional por importe de 184.800 ptas.— f) El día 27-10-89, jornada de reflexión preelectoral, en El Diario Montañés se insertó, también como «publicidad» un anuncio con el escudo y nombre de la Diputación Regional de Cantabria, sin otra firma o suscripción, titulado «Alfalfa para un candidato socialista», en cuyo subtítulo se dice que «el candidato socialista al Senado, Raúl , ... pone de manifiesto su absoluta ignorancia sobre todos y cada uno de los temas que trata, y cuya única virtud es la de insultar y mentir», repitiéndose luego en el texto que « Don Raúl , insulta y miente (únicas cualidades por las que es conocido en toda España)». Por este remitido se pagaron 102.144 ptas., igualmente con los fondos públicos de la Diputación Regional.- Así pues, el importe total de los mencionados escritos publicitarios fue de 1.087.744 ptas.— 2.- Todos esos artículos-anuncios fueron cursados al periódico a través de agencias de publicidad mediante contratación directa realizada por el Gabinete de Prensa de la Diputación Regional en concepto de «remitidos», esto es, de publicidad pagada, cumpliendo órdenes verbales del DIRECCION001 Sr. Luis Carlos , que a veces redactaba personalmente los textos y quien, en todo caso, decidía lo que hubiera de publicarse, ya fuese a título oneroso o gratuito. Los escritos en concepto de «comunicados» tienen este último carácter si así los acepta el medio informativo al que se envían. El periódico Alerta, de Santander, no aceptaba en aquella época ningún escrito de la Diputación Regional, ni siquiera a título oneroso en concepto de «remitidos», porque en el mismo ejercía control o tenía influencia la oposición política, concretamente el PSOE. Por su parte El Diario Montañés, periódico de mayor tirada que Alerta, no aceptaba réplicas gratuitas a lo publicado en otros medios y seleccionaba con arreglo a su contenido los escritos que hubieran de publicarse en uno u otro concepto. Todo ello consta mediante prueba testifical de quien entonces fue jefe del Gabinete de prensa





y de otro periodista contratado para prestar servicios en dicho Gabinete, que además ya había informado por escrito a la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia en agosto de 1988 sobre algunos de los datos que han quedado expresados.— 3.-Fueron muy numerosos otros remitidos de prensa de los que no se ha dado relación por ser dudosa o inexistente su posible trascendencia penal. Pero en todos los casos la Intervención Delegada de Hacienda hubo de advertir que no se había tramitado expediente ni existían previos informes fiscal y del Servicio de Contratación y Compras, por lo que era preciso convalidar el gasto antes de proceder al pago, previa tramitación de expediente en el que se justificase la causa de la contratación directa. El Interventor General informó también repetidamente advirtiendo tales defectos de tramitación y haciendo notar su preocupación por los gastos en campañas publicitarias sin informe fiscal ni otras garantías exigibles, sin que pudiera aprobarse el gasto salvo acuerdo del Consejo de Gobierno, en cuyo caso se daría constancia de la fiscalización en virtud de tales acuerdos, que efectivamente se produjeron en cada caso con referencia a cada grupo de facturas de agencias de publicidad que se iban presentando, tal como acredita la prueba documental obrante en los tomos o piezas del sumario dedicados a este objeto de la causa a los que antes se ha hecho referencia.— 4. -Algunos de los escritos que fueron reseñados en el apartado inicial de este número ordinal de los hechos probados constituían réplicas a declaraciones o artículos publicados en la prensa por los oponentes políticos del entonces DIRECCION001 , integrantes todos de polémicas públicas producidas con notable acritud recíproca. Entre tales declaraciones y artículos de la oposición política, obrantes en la prueba documental aportada en su día por la defensa del ahora encausado único, principalmente en los folios 2.228 al 2.267 y 2.334 al 2.353 contenidos en el tomo 9 de los de tramitación del sumario, deben mencionarse los que seguidamente se referirán, igualmente por orden cronológico y sin que se trate de una relación completa de ellos. – a) Declaraciones del DIRECCION001 del Partido Regionalista Cantábrego, Guillermo , en Madrid, publicadas por el diario ABC el 25-5-89, en las que, según el periodista, dice que dos constructores vinculados al PP le ofrecieron cien millones si propiciaba el apoyo del PRC al gobierno autónomo del partido popular presidido por Luis Carlos , y que otros dos diputados regionalistas habían sido comprados por dicho jefe del ejecutivo cántabro, al que calificó de paranoico. Estas declaraciones aparecieron también el mismo día en el periódico El Correo Español-El Pueblo Vasco.— b) Declaraciones Sr. Raúl en su condición de DIRECCION001 del grupo parlamentario socialista de la Asamblea Regional de Cantabria acogidas en El Diario Montañés del 26-5-89, donde, según la periodista, dice del entonces DIRECCION001 de la Diputación Regional Luis Carlos que «denota una vez más una actitud totalitaria e intransigente, incapaz de dialogar con nadie, atrincherado en su despacho como una fiera herida... en su círculo de esclavos y asesores...». Y que «el Sr. Luis Carlos hace y dice muchas tonterías al cabo de la semana...; es ya como Hugo , payasada va y payasada viene».— c) Artículo publicado el 28-5-89 en El Diario Montañés en su sección denominada Tribuna Libre, con el título « Luis Carlos , una vergüenza para Cantabria», suscrito por Guillermo y Luis Angel , ambos del Partido Regionalista Cantábrego, en el que se dice del entonces DIRECCION001 del gobierno regional que «carece del mínimo de dignidad moral..., no tiene capacidad moral ni tampoco intelectual..., ha desbordado todos los límites de la medida y del comedimiento hasta convertirse en una vergüenza pública» y se concluye atribuyéndole «indignidad política».— d) Declaraciones Don Raúl como «líder del grupo socialista» de Cantabria, publicadas en Alerta el día 26-10-89, en las que, según el periodista, dice que «a Luis Carlos le interesan más los cocodrilos que los ganaderos» y tilda al consejero de ganadería Carlos Antonio de «viajante comisionista».— e) Artículo publicado en el mismo periódico y día y suscrito también por « Raúl », titulado «carta pastoral en la que Cristina pierde el tino», y que contiene las siguientes frases o expresiones, entre otras: « Cristina sabe sintaxis, no como el pobre Luis Carlos , que cuando hace una encíclica se le nota lo brutito que es...». La gran esperanza sucia de la derecha en Cantabria, el pobre Luis Carlos , ha salido huyendo de la quema... - Luis Carlos y su grupo de conserjes del gobierno regional...- A Cristina le habían narrado cien veces los estercoleros en los que se revuelca Luis Carlos , un gran embarullador de basuras regionales... - Luis Carlos y Carlos Antonio son como los viajeros comisionistas: ¿A quién le amarga cada tres meses un viaje a Canadá? Si es gratis y bien pagado, no hay quién lo resista. Si hay vacas por medio y un poco de alfalfa, a ver. Sobre todo por la alfalfa». Dice también que los alcaldes del PSOE o del PRC sólo reciben «insultos en anuncios y propagandas millonarias a cuenta del dinero de la Diputación, que ésa es otra vergüenza regional», y califica luego al entonces DIRECCION001 Luis Carlos de «estrafalario representante de Cristina en nuestra Autonomía».—

2.- El Tribunal de Instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos al acusado D. Luis Carlos , como autor de un delito de malversación de caudales públicos del art. 433 en relación con el art. 432.1 del vigente Código Penal a las penas de tres años de prisión y de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, y como autor de un delito de prevaricación del art. 404 del vigente Código Penal, a la pena de inhabilitación especial para empleos o cargos públicos por tiempo de siete años.- SEGUNDO.- Que no apreciamos en la comisión de dichos delitos la circunstancia atenuante analógica 6ª del art. 21 del Código Penal, que ha sido propuesta, ni otra alguna modificativa de la responsabilidad criminal.- TERCERO.- Que estimamos la concurrencia de cosa juzgada en cuanto a otro delito de prevaricación del que ya ha sido absuelto en anterior sentencia el encausado





y por el que, no obstante, se formula también acusación en este nuevo enjuiciamiento, absteniéndonos de pronunciamiento sobre tal pretendido delito.- CUARTO.- Que acordamos proponer al Gobierno de la Nación la concesión de indulto de la pena privativa de libertad impuesta por el delito de malversación, pero no de las penas de inhabilitación impuestas por dicho delito y por el de prevaricación.- QUINTO.- Que imponemos a cargo exclusivo del penado las costas de la causa a partir de la convocatoria para el juicio oral, de este nuevo enjuiciamiento."

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por Quebrantamiento de Forma e Infracción de Ley, por las representaciones del acusado Luis Carlos , y el acusador particular, IZQUIERDA UNIDA, que se tuvieron por anunciados remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- I.- El recurso interpuesto por el acusado Luis Carlos , se basa en los siguientes motivos de casación: MOTIVO PRIMERO.- Infracción de Ley.- Se ampara en el art. 849. de la L.E.Cr. al haber infringido el art. 130.3º del Código Penal. Al ser juzgado y condenado mi representado, a pesar del indulto obtenido con fecha 13 de Octubre de 1995 y que de conformidad con el art. 112.4º del vigente Código Penal al momento de su indulto, hoy 130.3º Extinguió su responsabilidad criminal.- Según el art. 117.1 de esta Constitución, la actuación de los jueces se circunscribe a la Administración de la Justicia con absoluto sometimiento al imperio de la ley. Al situarse en virtud de su sentencia arbitrariamente por encima de la Ley, han incurrido los integrantes del Tribunal en el delito del art. 446. 1º del Código Penal, por lo que de acuerdo con el art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se solicita de este Tribunal Supremo se admita querrela contra los dichos miembros por esta causa, incoándose las diligencias pertinentes al respecto por cuanto previamente a la sentencia se alegó este indulto y fué rechazada esta alegación.- MOTIVO SEGUNDO.- Infracción de Ley.- Infringe el art. 849.1º de la L.E.Cr.. La sentencia, en cuanto condena a mi representado en virtud del art. 433 del nuevo Código Penal, sin que los hechos que se juzgan puedan tener acogimiento en el ámbito de este artículo.- Está arbitrariamente concebida aplicando el art. 433 a mi representado para obviar el que según el art. 4º.1 del Código Penal en vigor, nunca fué posible, ni sería posible aplicar el art. 396 del antiguo Código Penal con vigencia en la época de los hechos al supuesto de seis remitidos de prensa en 8 años.- MOTIVO TERCERO.- Infracción de Ley.- Se fundamenta en el art. 849.2º de la L. E.Criminal En cuanto ha existido error manifiesto en la apreciación de las pruebas existentes en el sumario, acerca de la valoración de la colocación de los carteles. Puesto que se ha malinterpretado la valoración aportada por la empresa Señalizaciones y Contratas 92. S.L, considerada como uno de los fundamentos para la sentencia.- Ni por otra parte considera clara y terminantemente probada la sentencia cual era el precio justo de la colocación de los carteles de obra. Art. 851.1º. Y a lo más que llega y ello dubitativamente, es a preferir el informe firmado por el Sr. Rafael , a los informes de todos los demás ingenieros, con el único argumento de que fueron posteriores. Y como se ha dicho intenta zanjar no ya las dudas sino el convencimiento de que 10 Ingenieros no han podido mentir. Intentando aprovechar la valoración de la empresa Señalizaciones y Contratas 92 S.L, y ello incluso como sostiene mi representado prevaricadoramente.- MOTIVO CUARTO.- Infracción de Ley.- En cuanto a la condena por malversación de fondos tampoco prueba el tribunal sentenciador que las facturas de las empresas publicitarias estuvieran pagadas, frente el elemento probatorio aportado por mi representado y aceptado por el tribunal. En el que en virtud de carta firmadas por las empresas publicitarias se reconocen como condonadas facturas que sustenta el tribunal fueron pagadas sin probarlo indubitadamente. Art. 849.2º.- Se viola igualmente el art. 851.1º L.E.Cr, en cuanto se afirma en la sentencia que los escritos dirigidos contra mi representado se pagan por los firmantes, y sin embargo no se expresa clara y terminantemente que esto sea un hecho probado. Haciéndose esta afirmación, sin duda para "a sensu contrario" poder condenar a mi representado.- MOTIVO QUINTO.- Se ha infringido el art. 850.1º L.E.Cr. quebrantamiento de forma en cuanto se han denegado una serie de diligencias de pruebas. Y el careo entre los testigos Alejandra y Raúl , hubiera sido esencial para averiguar cuando incorporó la Sra. Alejandra su informe al expediente, informe que se ha considerado fundamental para sustentar la sentencia recurrida.- MOTIVO SEXTO.- Se sustenta igualmente en cuanto han concurrido a dictar sentencia magistrados, cuya recusación intentada en tiempo y forma, y fundada en causa legal ha sido rechazada. Art. 851.6º L.E.Cr.- MOTIVO SEXTO (sic).- Igualmente se ha violado el art 24.1 de la Constitución Española en cuanto se ha impedido a mi representado utilizar los medios adecuados para su defensa, por cuanto se ha rechazado su solicitud de pruebas que con fecha 6 de junio interpuso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Rechazo actualmente recurrido ante el Tribunal Constitucional.-

II.- El recurso interpuesto por la representación del acusador particular, IZQUIERDA UNIDA se basa en los siguientes motivos de casación: MOTIVO PRIMERO.- Quebrantamiento de Forma.- Se ampara en el número 3º del art. 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al no haberse resuelto en debida forma acerca de la acusación definitivamente formulada por esta parte con relación a los hechos comprendidos en el epígrafe que en nuestro escrito de acusación provisional identificábamos como "Las Llamas".- MOTIVO SEGUNDO.- Infracción de Ley.-





Se ampara en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se establece que se entenderá infringida la Ley a los efectos del recurso de casación, cuando dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo que deba ser observado en la aplicación de la Ley Penal.- Se juzga en el procedimiento y en el epígrafe concreto de la sentencia recurrida que identificamos como "Las Llamas" si el acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, en reunión ordinaria del día 6 de mayo de 1988, consistente en "declarar bien de interés cultural con la categoría de conjunto histórico la zona de Las Llamas (El Sardinero)" y otros posteriormente tomados en el mismo expediente en su conjunto pudiera estar incursas ente las tipificadas como un delito continuado de prevaricación del párrafo 1º del art. 358, en relación con el art. 12 del anterior Código Penal o del art. 404, en relación con el art. 74 del actual.- MOTIVO TERCERO.- Infracción de Ley.- Se ampara en el número 2º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto entiende esta parte que, además, ha existido error en la apreciación de la prueba, a la hora de determinar los hechos probados, algo que se evidencia con documentos obrantes en autos y que demuestran la equivocación del Tribunal, sin que ello resulte contradicho por otros elementos probatorios.

5.- Instruidos el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos quedando conclusos los Autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para Vista se celebró la misma el día 17 de Marzo de 2004, con la asistencia de los Letrados Sr. D. Luis Carlos que se auto defendió. Pide recurso de Apelación ante la Audiencia Nacional en virtud de la modificación de la L.O.P.J. y la estimación de su recurso, oponiéndose al interpuesto por la representación de Izquierda Unida asistida por el Letrado Sr. D. Fernando Melodio que solicitó la admisión del mismo. El Letrado Sr. D. Benito Huerta Argenta en representación del Sr. D. Guillermo , como recurrido, se opuso también al recurso del Sr. Luis Carlos . El Ministerio Fiscal impugnó ambos recursos.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Luis Carlos

Con carácter previo al examen de cada motivo de los alegados por este recurrente, se ha de resaltar que el extenso escrito de formalización no se ciñe en lo más mínimo a las normas que deben regir el recurso de casación, sobre todo las que se consignan en el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues en él se mezclan pretensiones que requieren un cauce diferente, como, por ejemplo, las que se regulan en el nº 1 y en el nº 2 del artículo 849 de la referida Ley. Además, por lo general, se adopta un tono de descalificaciones e imputación de delitos a los Magistrados que dictaron la sentencia recurrida que supone una dialéctica de todo punto impermisible dentro del cauce casacional. Ello debió conducir a la inadmisión "a límine" del recurso, en base a lo dispuesto en el artículo 884.4º de dicha Ley Rituaria.

No obstante, y aún a fuer de hacer un verdadero esfuerzo interpretativo de lo que se pide y de la forma en que se pide, trataremos de contestar a cada uno de los motivos alegados.

PRIMERO.- El inicial motivo se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 130.3º del Código Penal en cuanto declara extinguida la responsabilidad criminal a través de la figura del indulto. A ello se añade otras vías de impugnación como son la de que ya ha cumplido las penas de inhabilitación que le han sido impuestas y también se solicita que, en base al artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento, se admita dentro de este recurso a trámite la querrela contra los miembros del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que dictaron la sentencia recurrida. A ello se añade la pretensión de que no debió ser enjuiciado por el caso denominado de "Las Llamas".

Examinaremos brevemente por separado estas cuestiones.

A) INDULTO.- Es cierto que por sentencia de fecha 24 de octubre de 1.994 fué condenado el ahora recurrente a la pena de seis años y un día de prisión mayor como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos y que de dicha pena privativa de libertad fué indultado por el Gobierno. Pero es cierto también que la referida sentencia (al igual que la confirmatoria de este Tribunal Supremo) fué anulada por otra del Tribunal Constitucional en la que se ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al juicio oral para que se dictase otra nueva, como así se hizo por medio de la que ahora es objeto de recurso, volviéndosele a condenar por dicho delito a la pena de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años.

Pués bien, el recurrente pretende que se le exima de la pena privativa de libertad por haber sido indultado con anterioridad pero con evidente olvido de que la gracia del indulto, a diferencia de lo que ocurre con la amnistía, recae exclusivamente sobre la pena y no sobre el delito, de tal manera que si la pena objeto del indulto se dejó sin efecto por haberse anulado la sentencia que la acordó, el indulto que de ella trae causa deviene ineficaz



por inexistente. A ello puede añadirse que esa situación de ineficacia fué provocada por el propio interesado al entablar el recurso de amparo y no desistir de él después de haber sido indultado, acto propio contra el cual ahora no puede ir ni argumentar con posibilidad impugnatoria.

B) PENAS DE INHABILITACION.- Se pretende que esta penas a las que también fué condenado y a las que lógicamente el indulto no podía alcanzar, fueron cumplidas al no haberse podido presentar a las elecciones de 1.996 y 1.999.

En principio y ateniéndonos al fallo de la sentencia, estas penas en su conjunto, sumadas las del delito de malversación y las del delito de prevaricación, suman un total de trece años, por lo que podía calcularse que aún no han terminado de cumplirse. Pero es que, en todo caso, la liquidación de estas condenas sólo cabe hacerse en período de ejecución de sentencia a través del correspondiente incidente, no siendo el adecuado este trámite casacional por carecerse aquí de los adecuados elementos y pruebas necesarias para hacerlo.

C) SOBRE LAS QUERELLAS FORMULADAS CONTRA LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE CANTABRIA.- Como hemos indicado, dentro de este primer motivo se pretende que, en base al artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento, se admitan a trámite esas querellas criminales.

Obvio es decir, en contra de tal petición, que el problema que de este modo se plantea no cabe de modo alguno ser resuelto dentro de este trámite casacional que tiene como única finalidad la revisión de una sentencia cuyo objeto está totalmente alejado de una pretensión de este tipo.

Esta parte del motivo (lo decimos con respeto) supone un verdadero dislate e incide de modo directo en lo dispuesto en el artículo 885.1º de la Ley Procesal.

D) CUESTION DE "LAS LLAMAS".- El asunto relativo a la urbanización de esta zona de Santander está incluido en el hecho primero de la narración fáctica de la sentencia recurrida (después veremos que indebidamente) y contra él se alza el recurrente por entender que de tal hecho no puede inferirse la comisión de ningún delito.

Esta cuestión la entendemos totalmente inocua al haber sido absuelto el acusado, tanto en la primitiva sentencia anulada del Tribunal "a quo" como por la del Tribunal Constitucional al dar lugar al amparo, y ello por entender que existió "cosa juzgada".

Por todo lo expuesto se desestima en su totalidad el primer motivo de casación.

SEGUNDO.- El correlativo se ampara en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de lo dispuesto en el artículo 433 del Código Penal vigente.

En defensa de esta pretensión, la parte recurrente estima con carácter inicial que la Sala sentenciadora al no haber podido encajar la conducta del acusado dentro de lo que disponía el artículo 396 del Código Penal derogado, llega aquí a calificarla indebidamente como constitutiva de un delito de malversación del artículo 433 del vigente. Después se añade:

– Que por el envío y publicación de los "remitidos de prensa", únicamente podía haber sido condenado en base al artículo 397 del Código de 1.973, en cuanto que no debe entenderse que tal envío fuese ajeno a la función pública.

– Que el contenido de esos artículos de prensa tenía un carácter institucional y no particular, de ahí que se pagasen al periódico con fondos públicos.

– Que no existió ánimo de lucro.

– Que el delito de malversación exige capacidad de disposición en sentido material y no en sentido de tener habilitación legal para ordenar el pago.

A estas cuestiones así concretadas (en el escrito de formalización se hallan totalmente dispersas), así como lo relativo al delito de malversación en general, daremos contestación del siguiente modo:

a) El acusado ostentaba el cargo de DIRECCION001 de la Diputación Regional de Cantabria al tiempo de la comisión de los hechos enjuiciados y, por ende, tenía la cualidad de funcionario público que exige como primer requisito el delito de malversación, y ello tanto se aplique para definir esa cualidad lo dispuesto en el artículo 119 del Código de 1.973 como el artículo 24.2 del vigente, pues ambos preceptos son plenamente coincidentes en este punto, incluso en su literalidad.

b) La Sala de instancia aplicó el artículo 433 del Código Penal de 1.995, no porque la actividad malversadora del acusado no encaje, según se pretende, en el antiguo artículo 396, sino porque vigente ese Código en el momento de dictar la nueva sentencia, la pena aplicable es sensiblemente más beneficiosa al reo, pasando de



la mínima de la prisión mayor (seis años y un día) que fué la impuesta en su día, a la de tres años de prisión que ha sido la impuesta ahora.

Además, de una interpretación tanto literal como lógica o finalista de ese precepto se llega a la conclusión que la actividad desarrollada por el ahora recurrente al enviar los artículos de prensa al periódico y cargar sus gastos a la entidad pública cometió el delito de malversación que en el mismo se tipifica, ya que ha quedado perfectamente probado a través de todo el proceso, y así se recoge en la narración fáctica, que esta operación la hizo el inculpado a título personal y no en defensa ni en beneficio de la Diputación. Es de resaltar también que, además de esa prueba, son los propios textos de los artículos periodísticos los que nos ponen de relieve, tanto en el fondo como en la forma, que su contenido carecía de cualquier carácter institucional al ser expresión clara de réplicas a sus particulares enemigos políticos, utilizando casi siempre expresiones desaforadas e insultantes que poco se compadecen con el talante y la forma de decir de cualquier institución pública en el ejercicio de su derecho de réplica.

c) Se cumple así el requisito principal que requiere el tipo delictivo de la malversación que se recoge en el mentado artículo 433 y que consiste en destinar a usos ajenos a la función pública los caudales pertenecientes a esta función, pues como también se ha dicho era el propio acusado el que daba las órdenes de envío así como de su abono de su precio con cargo a los presupuestos de la entidad.

d) Se completa el círculo de los elementos que requiere el tipo con el dato de que los caudales con los que se abonó el gasto, los tenía el acusado a su disposición por razón de sus funciones, como lo demuestra entre otras pruebas las declaraciones testificales del Jefe del Gabinete de Prensa de la Diputación, quien siempre declaró que era el Sr. Luis Carlos el que, no sólo daba las órdenes del envío a la prensa, sino también del pago de las facturas. Es decir, de "facto" tenía la disponibilidad de esos caudales, pues aunque no los tuviera directamente confiados, ostentaba poderes y capacidades suficientes para su disponibilidad.

En conclusión, la actividad desarrollada por el encausado hemos de entenderla comprendida en el tipo malversador del artículo 433 del Código Penal y, por ello, la calificación jurídica de los hechos efectuada por el Tribunal "a quo" fué la correcta, por ajustada a Derecho. Lo mismo cabe decir de la pena impuesta (la mínima posible de tres años) y ello por aplicación del párrafo segundo de dicho artículo al no haber reintegrado el culpable lo distraído dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso.

Se rechaza el motivo.

TERCERO.- Este motivo se plantea con sede procesal en el artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba y referido al delito de prevaricación por el que fué condenado el recurrente.

Como ha venido reiterando la jurisprudencia a través de diversas sentencias (citamos como importante la de 28 de noviembre de 2.003), el requisito esencial que debe presidir este cauce casacional es el de que el documento o documentos en que trata de sustentarse el error "facti" consista en que tales documentos que le sirven de sostén evidencien por sí solos el error de algún dato o elemento fáctico de la sentencia impugnada y ello "por su propio y literosuficiente valor demostrativo directo", es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir "a conjeturas o complejas argumentaciones" o, lo que es lo mismo, que en los hechos probados de la sentencia recurrida aparezcan como tal elementos fácticos en contradicción con aquello que el documento es capaz de acreditar por su propia condición y contenido.

Otro de los elementos imprescindibles para que esa prueba documental pueda tener efectividad respecto a cualquier pretendido error, es el de que el contenido del documento no esté contradicho por otras pruebas practicadas en los autos. Tampoco cabe darle valor cuando el documento señalado ya hubiera sido tenido en cuenta por el Tribunal sentenciador al describir los hechos acaecidos, pues de lo contrario nos hallaríamos ante una nueva y diferente valoración de la prueba documental de la hecha por la Sala de instancia, valoración que corresponde en todo caso a ésta, según lo establecido en el artículo 741 de la Ley Procesal, precepto que tiene su razón de ser en un principio tan importante como es el de inmediación.

En el caso concreto que nos ocupa, los documentos señalados por el recurrente como base del error fueron ya tenidos en cuenta por el Tribunal "a quo" que, en unión de las demás pruebas existentes en autos, los interpretó, dentro de su exclusiva competencia, con arreglo a las normas de la lógica y las reglas de la experiencia. A ello podemos añadir que muchos de esos documentos, además de carecer de independencia demostrativa, estuvieron contradichos frontalmente por otra serie de pruebas.

Con lo hasta aquí dicho bastaría para rechazar este tercer motivo. Sin embargo, como a través de su desarrollo trata también de impugnarse la sentencia en base a una pretendida infracción de ley por entenderse que en las acciones imputadas no se dan los requisitos que tipifican el delito de prevaricación, a ello, y en cumplimiento del principio de la tutela judicial efectiva, nos referiremos a continuación, examinando en primer lugar el problema





desde el punto de vista jurídico, para después concretar los hechos que han sido declarados probados y que se han de entender comprendidos en el tipo de la prevaricación.

Resumiendo la doctrina jurisprudencial que ha interpretado, tanto el artículo 358 del anterior Código Penal como el 404 del vigente, podemos indicar lo que sigue:

1º.- El bien jurídico protegido por las normas es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando cualquier descrédito de la misma que pudiera dañar la confianza que los ciudadanos han de tener en ella, con sujeción a los valores que nuestra Constitución establece en este orden de cosas y que tienen su reflejo principal en sus artículos 103 y 106, el primero estableciendo la obligación de la Administración de servir con efectividad a los intereses generales y el segundo indicando su pleno sometimiento al principio de legalidad.

2º.- Al tratarse del delito de prevaricación de lo que se ha dado en llamar un "delito especial propio", los elementos objetivos de la "autoría" están determinados por la cualidad de funcionario público del agente comisor, cualidad que como antes hemos indicado está definida en el artículo 119 del Código de 1.973 y en el 24.2 del Código vigente. A esta cualidad hay que añadir la de que el funcionario que dicta el acto administrativo prevaricador, ha de tener facultades "decisorias" dentro de su ámbito competencial.

3º.- En cuanto a lo que ha de entenderse por "resolución", se ha de tener por tal cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido "decisorio" que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

4º.- Respecto al requisito de la injusticia o arbitrariedad el acto (elemento fáctico y a la vez normativo del tipo) se puede referir, bien a la carencia de los elementos formales o procedimentales legalmente exigibles para la producción del acto administrativo o bien a su propio contenido sustancial. En este orden de cosas no basta, sin embargo, que ese acto o resolución sea simplemente ilegal o no conforme a derecho (ello puede subsanarse mediante los correspondientes recursos) sino que, además, ha de existir o apreciarse una notoria e indiscutible contradicción con el ordenamiento jurídico que suponga un "-plus" de antijuridicidad.

5º.- Finalmente es necesario que exista un dolo muy concreto en la actividad delictiva, dolo que se traduce en la exigencia de que el agente comisor dicte la resolución arbitraria "a sabiendas" de su injusticia. Este aspecto subjetivo de la intencionalidad debe tener su verdadera dimensión en cada caso concreto, pues no es lo mismo que el hecho sea cometido por una persona leiga en conocimientos jurídicos que otra que por su profesión, cargo o cualquiera otra circunstancia posea esos conocimientos, sobre todo en el ámbito administrativo.

Aplicando o trasvasando esas ideas generales al supuesto aquí enjuiciado y que se refiere al llamado asunto de la "Cartelería" (hecho segundo de la sentencia), hemos de entender que el acusado, ahora recurrente, fué autor del delito de prevaricación por el que fué condenado, dados los siguientes hechos que así resumimos:

a) En la fecha de su comisión, al igual que hemos indicado en el caso de la malversación, el acusado ostentaba el cargo de DIRECCION001 de la Diputación Regional de Cantabria con toda la autoridad política y funcional que ello representa y que ha de concretarse en su plena competencia y capacidad decisoria para dictar actos administrativos, bien por sí directamente, bien a través de sus subordinados.

b) Hasta el uno de junio de 1.988, el Servicio de Mantenimiento, Aposentamiento y Seguridad de la Diputación era el organismo que se ocupaba de confeccionar los carteles anunciadores de todas las obras públicas realizadas por esa entidad, aunque a costa de los contratistas que, previa inclusión de su precio en las respectivas contrataciones, asumían la obligación de abonarlas y retirarlas de los talleres o almacenes del mencionado Servicio y colocarlas en los lugares de las obras, siendo su precio el de 87.506 ptas. por cada cartel.

c) El Consejo de Gobierno de la Diputación, a instancia del acusado en su calidad de DIRECCION001, con fecha 22 de junio de 1.988 tomó el acuerdo de adjudicar este servicio de "cartelería" a la empresa privada "Oyprocansa" por precio de 141.306 ptas. por cartel, precio que había de abonarse a través de la cuenta denominada "Agrupación de valores independientes" en la que los contratistas de obras debían depositar su precio al mismo tiempo que la primera certificación de obras.

d) Esta adjudicación, cuya causa primera fué la amistad que unía al DIRECCION001 con el administrador único y propietario de la empresa adjudicataria, se realizó directamente sin tramitación de expediente administrativo de ninguna clase, sin previo concurso ni consulta de precios a otras empresas del ramo, es decir, sin cumplirse mínimamente las normas que la legislación administrativa exige para estos supuestos de adjudicación de obras o servicios públicos a favor de terceros particulares. Únicamente se expresó en el acuerdo que la adjudicación directa tenía como causa el conseguir "una mayor coordinación y urgencia en las instalaciones", resultado que según ha quedado perfectamente probado se sabía de antemano que no se iba a conseguir,



dada la poca entidad de la empresa adjudicataria y su casi nula experiencia en el campo de la confección e instalación de este tipo de carteles.

e) En otra reunión del Consejo de Gobierno celebrada el 9 de diciembre del mismo año 1.988, se tomó el acuerdo de modificar la forma de pago para que éste fuera más rápido y favoreciera a la empresa adjudicataria en el sentido de que tal pago se haría con cargo al presupuesto de publicidad y propaganda, pero ello, igualmente, sin tramitarse expediente de clase alguna, forma de actuar que supuso la disconformidad del Interventor Delegado de Hacienda expresado en informe de 17 de enero de 1.989, informe que fué ratificado por la Intervención General el día 30 del mismo mes y año, y ello debido, amén de a la falta del reglamentario expediente, al hecho de que no era posible imputar el pago a los fondos públicos sino únicamente hacerlo con cargo a los ingresos que deberían haberse efectuado en la ya mentada cuenta de "valores independientes" cuya naturaleza contable era la de simple cuenta de depósitos, sin que pudiera tener déficits de clase alguna. Sin embargo, por mor del adelanto del pago a la empresa adjudicataria antes de obtener los ingresos de los contratistas, esa cuenta presentó poco después un saldo negativo de 95.967.403 ptas, según comunicó el Interventor Delegado al Interventor General, constituyendo el total de los pagos efectuados a favor de "Oyprocansa" desde la adjudicación inicial hasta la llegada de un nuevo Gobierno a la Diputación en diciembre de 1.990, el de 246.457.527 ptas, habiendo producido, además, los persistentes saldos negativos unos costes de financiación de 8.827.593 ptas.

f) Finalmente, ha de destacarse que el acusado-recurrente es Abogado en ejercicio, fué en cierta época DIRECCION000 del Ayuntamiento de Santander y durante el tiempo de comisión de los hechos descritos y enjuiciados, según se ha dicho, DIRECCION001 de la Diputación Regional de Cantabria. Ello significa que era perfecto conocedor de las normas administrativas, tanto las generales del Estado como las referentes a la Comunidad Autónoma, que regulan las adjudicaciones de las obras públicas, lo que demuestra que su falta de observancia en el caso concreto demuestra que los llevó a cabo (u ordenó que se llevasen) a plena conciencia, es decir, "a sabiendas".

Por lo expuesto, el tercer motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- Este motivo se alega por error de hecho en la apreciación de la prueba del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta vez referido al delito de malversación de caudales públicos.

En cuanto al valor probatorio de los documentos que se citan como sostén del pretendido error, nos remitimos a lo razonado en el punto anterior. Respecto a la calificación jurídica del delito de malversación de caudales públicos, la remisión se refiere al punto segundo en donde se razona sobre la existencia de esta infracción penal y su autoría. Todo ello en evitación de indebidas e indeseadas repeticiones.

Se rechaza el motivo.

QUINTO.- El correlativo se alega por quebrantamiento de forma del artículo 850.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por haberse denegado la práctica de una serie de pruebas y también no haberse dado lugar al careo solicitado entre los testigos Alejandra y Raúl .

Con independencia de que en el escrito de formalización no se concretan debidamente las pruebas denegadas, es lo cierto que el auto denegatorio de fecha 12 de junio de 2002 argumenta adecuadamente que la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio oral por mandato del Tribunal Constitucional unido a la naturaleza del procedimiento (sumario ordinario) impedía la proposición y admisión de prueba fuera del trámite del artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento. De todos modos los documentos en cuestión se adjuntaron a los autos y pudieron ser valorados por la Sala de instancia dentro de la competencia que le otorga el artículo 741 de dicha Ley.

En cuanto al careo que se dice denegado, olvida el recurrente que la práctica de esta diligencia depende en exclusiva del libre arbitrio de los Jueces o del DIRECCION001 del Tribunal en su caso, según establece ese art. 729 en su número 1º.

Se desestima el motivo.

SEXTO.- Al amparo del artículo 851.6º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega quebrantamiento de forma por haber concurrido a dictar sentencia magistrados cuya recusación se intentó en tiempo y forma y que pese a que se fundaba en causa legal, se rechazó.

Podemos resumir así esta pretensión: En primer lugar, después de afirmar que el acusado formuló recusación contra el DIRECCION001 del Tribunal que le juzgó, D. Ángel Jesús , alega que al formar también parte de él el Magistrado Ismael , se está en presencia de un Tribunal con falta de imparcialidad y ello porque el DIRECCION001 intervino en su día en la admisión de la querrela contra Luis Carlos y también porque depende económicamente de los querellantes, en concreto, del señor Guillermo , quien contrató en una empresa de



su propiedad al yerno de ese Magistrado, aunque en este punto añade que de esta circunstancia no tuvo conocimiento hasta después de instar el incidente de recusación, añadiendo que, además, se pronunció contra la recusación de D. Sebastián anterior DIRECCION001 del Tribunal Superior de Justicia, con cuya familia mantiene amistad, teniendo vínculos con el constructor Roteta que está detrás de una trama urbanística a la que favorecen con sus resoluciones los citados jueces. En cuanto al Magistrado Don. Ismael también le achaca, además de tener relaciones con ese constructor, el haber intervenido en la Sala que no aceptó la recusación del Sr. Sebastián .

También dentro de esta cuestión pretende la recusación dentro de este trámite de los Magistrados D. Octavio y D. Andrés que formaron de la Sala que resolvió la recusación contra el Sr. Ángel Jesús . En cuanto al primero se dice que instruyó la causa contra él e intervino en procedimientos contenciosos que perjudicaban sus planteamientos urbanísticos, así como que formuló querrela contra él ante el Tribunal Supremo con fecha 14 de marzo de 2.002. En cuanto al segundo por haberse presentado en las listas del Partido Socialista, mientras que en las mismas elecciones el acusado se presentó por el Partido Popular.

En este punto el recurso termina insistiendo en la existencia de una conspiración político- económica contra el recurrente en la que intervienen los Magistrados que han dictado sentencia, por lo cual, dentro de este mismo recurso de casación deduce querrela contra los mismos.

Frente a ello y muy brevemente hemos de decir lo que sigue: a) Con fecha 6 de mayo de 2002 se dictó auto en contra de la recusación pretendida de los Magistrados Sres. Octavio y Sr. Andrés dirigida a que no formaran parte de la Sala que había de decidir sobre la recusación del DIRECCION001 , Sr. Ángel Jesús . El auto le entendemos correcto y plenamente adecuado a Derecho en cuanto si bien estaban afectados por causa legal para formar parte del Tribunal que conoció de los hechos imputados al acusado y que se resolvió con la sentencia ahora recurrida, no lo estaban, sin embargo, para integrar la Sala de recusaciones, ya que el procedimiento principal y el incidente recusatorio son independientes sin que sean trasvasables las causas de abstención y recusación de uno a otro, al ser el objeto de ambos diferentes, enjuiciar de los hechos de que se acusa al inculpado en el primero y juzgar sobre la imparcialidad del Juez en el segundo. b) Respecto al DIRECCION001 del Tribunal, Sr. Ángel Jesús , el hecho de haber resuelto sobre la admisión a trámite de la querrela, entendemos que no está comprendido en ninguna de las causas de recusación del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni siquiera en la nº 11ª pues tal hecho no supone haber intervenido en la instrucción de la causa en cuanto esta instrucción supone realizar una serie de actividades tendentes a la averiguación de lo denunciado e incluso de decisiones que entrañan unos posibles prejuicios que contaminen de parcialidad en la sentencia que habría en su día de dictarse, mientras que la simple circunstancia de admitir a trámite una querrela supone únicamente comprobar si se cumplen los requisitos de los artículos 277 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin entrar a conocer de los hechos objeto de la instrucción ni, por ende, acordar diligencias o tomar decisiones. Por otro lado, la pretendida amistad con los familiares del ya fallecido D. Evaristo tampoco supone ningún tipo de tacha respecto a la pretendida parcialidad, pues ninguno de ellos ha formado parte del procedimiento ni podía tener incidencia en el mismo. c) Finalmente, todo lo relativo a la presunta trama urbanística, la amistad con un empresario y el trato de favor al yerno del DIRECCION001 , son meras especulaciones y alegatos sin base probatoria alguna.

Se desestima el motivo.

SEPTIMO.- El último de los alegados se interpone por vulneración del artículo 24.1º de la Constitución por habersele causado indefensión al denegársele pruebas formuladas en escrito de 6 de junio de 2.002.

A la denegación de esas pruebas, incluida la diligencia de careo, ya nos hemos referido con anterioridad. A ello bástenos añadir que el auto denegatorio de la Sala es perfectamente adecuado a derecho por haberse pedido tales pruebas extemporáneamente y, además, por tratarse de pruebas impertinentes y, sobre todo, innecesarias que en nada podrían influir en el enjuiciamiento de los hechos, cuyo rechazo no ha causado indefensión al acusado.

Aunque sea tangencialmente, se hace mención también dentro del motivo a la existencia de dilaciones indebidas. No se concreta el por que de su existencia, amén de que de los propios autos no se detecta tal defecto al haberse llevado su trámite dentro del tiempo adecuado a pesar de las diversas peticiones, muchas veces indebidas, que hizo el imputado y que pudieron determinar algún pequeño retraso.

Por último el recurso finaliza interponiendo querrela criminal contra los Magistrados que formaron la Sala que le juzgó. Esta pretensión sólo merece el pequeño comentario de que contradice los principios procesales y los preceptos reguladores tanto de la querrela como de la casación.

Se rechaza el motivo.

RECURSO DE IZQUIERDA UNIDA





UNICO.- El inicial motivo de esta recurrente se ampara, por quebrantamiento de forma, en el artículo 851.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse resuelto en la sentencia sobre todos los puntos objeto del debate.

Se argumenta en esencia que no había limitación para enjuiciar los hechos relativos a la zona o polígono denominado de Las "Llamas".

El motivo carece del mínimo fundamento impugnatorio y pudo ser inadmitido "a límine" en fase procesal de instrucción, con arreglo a lo establecido en el artículo 885.1º de la Ley Procesal. Y decimos que carece del necesario fundamento porque este problema de las "Llamas" en realidad no existe en cuanto que de las acciones llevadas por el acusado en esta cuestión ya fué absuelto en su día por la sentencia anulada por el Tribunal Constitucional en base a la existencia de "cosa juzgada". O lo que es lo mismo, esa anulación sólo se refería a los hechos por los que fué condenado el recurrente en amparo pero no alcanzaba de modo alguno a los hechos por los que fué absuelto (como es el caso) a no ser que se transgrediera el principio de la no "reformatio in peius".

Por ello, sin perjuicio de rechazar el motivo, hemos de resaltar el error (no dudamos que involuntario) que cometió la Sala de instancia al incluir dentro de los hechos probados todo lo relativo a esta cuestión que necesariamente había de estar fuera del debate al haber sido ya resuelto en la primitiva sentencia (después confirmada por el Tribunal Supremo) en sentido absolutorio y que no podía entrar, insistimos, dentro del campo de la nulidad acordado por el Tribunal Constitucional al resolver el correspondiente recurso de amparo.

Al denegarse este primer motivo por las razones expuestas, se hace innecesario entrar en el conocimiento de los otros dos planteados sobre la misma materia.

Se desestiman los tres motivos alegados por este recurrente.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR y DECLARAMOS NO HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos por las representaciones del acusado Luis Carlos y de la acusación particular, IZQUIERDA UNIDA, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala Civil y Penal de fecha diez de diciembre de dos mil dos, en causa seguida contra el mismo por delito de malversación de caudales públicos.

Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal a los efectos legales procedentes con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Luís Román Puerta Luís Perfecto Andrés Ibáñez José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Gregorio García Ancos

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

