

**TRIBUNAL SUPREMO**  
***Sala de lo Penal***

**SEGUNDA SENTENCIA**

***Sentencia N°:*** 360/2014

***RECURSO CASACION N°:***1016/2013

***Fallo/Acuerdo:*** Sentencia Estimatoria Parcial

***Fecha Sentencia:*** 21/04/2014

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Alberto Jorge Barreiro

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

***Escrito por:*** HPP

— Los dos acusados (Decano y catedrático de la Facultad de Medicina del País Vasco y catedrática de la misma facultad) fueron condenados por un Tribunal de Jurado como coautores de un delito de falsedad continuado en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos a la penas de cinco años y tres meses de prisión y 9 años de inhabilitación absoluta.

— Transformación del procedimiento abreviado en uno del Tribunal del Jurado sin retroacción a la fase de la audiencia preliminar prevista en el art. 30 de la LOTJ, prosiguiéndose la sustanciación del proceso directamente por el trámite del art. 35. No se vulnera el derecho a la defensa ni el derecho a un proceso con todas las garantías, a tenor de las circunstancias concretas del caso.

— No vulnera el TSJ la naturaleza del recurso de apelación por haber aplicado el art. 849.2º de la LECr.

— Denegaciones probatorias del Magistrado-Presidente que no vulneran el derecho de defensa de los acusados.

— Denegación de la existencia de error en los acusados con respecto a la condición pública de los caudales sustraídos en el marco de la Universidad. Impugnación del veredicto por no haber sido propuesta la prueba del dolo como proposición desfavorable en el objeto del veredicto y sí como favorable a través del error. Falta de motivación por el Jurado de la inexistencia del error, omisión que es suplida por el Presidente del Tribunal.

— Concurrencia del elemento objetivo-normativo del tipo penal “caudal o efecto público”. Los elementos descriptivos y normativos de los tipos penales. Dentro de los elementos normativos: jurídicos, sociales y ético-sociales. Solo los sociales y ético-sociales pueden ser sometidos a la decisión del Jurado. El elemento normativo “caudal o efecto público” es un elemento jurídico y por tanto no debió ser sometido a la decisión del Jurado. Ha de ser, pues, resuelto por el Tribunal profesional y no por el colegio de jueces legos. En este caso concurre la condición de públicos de los caudales sustraídos, en contra de lo que se alega en los escritos de recurso.

— Falta de la formulación de proposiciones al Jurado relativas al sustrato fáctico del dolo falsario. Consecuencias en el caso enjuiciado.

— Confección por los acusados de facturas falsas correspondientes a sociedades mercantiles de las que son administradores de derecho o de hecho. Se deja sin efecto la condena por el delito continuado de falsedad de funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y se condena en casación a los acusados por el delito continuado de falsedad en documento mercantil

**ajena al ejercicio específico de su función.**

**— Atenuante de dilaciones indebidas. Formulación incorrecta de la proposición asertiva al Jurado. Tampoco han sido correctas las instrucciones o explicaciones que se le impartieron al Jurado sobre la atenuante. La respuesta negativa del Jurado carece de motivación. El tiempo de tramitación del procedimiento desde su inicio hasta que se dictó la sentencia ha sido de 12 años. Al ser un dato sumamente relevante para la aplicación de la atenuante debió ser propuesto de oficio al Jurado en el objeto del veredicto (art. 52.1.g LOTJ), instruyéndole de la incuestionabilidad del hecho procesal. El Jurado ha de decidir sobre la base fáctica de la atenuante de dilaciones indebidas, pero no sobre sus aspectos jurídicos: complejidad de cada proceso; el plazo medio que suele durar un procedimiento por una clase de delitos concretos; cuándo la dilación se debe al órgano judicial o a cada una de las partes; cuándo un procedimiento está realmente paralizado o se halla simplemente pendiente de un trámite; cuándo el plazo de un proceso puede considerarse palmariamente irrazonable, etc. Se aprecia en casación la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada al tratarse de una cuestión jurídica ajena a la competencia del Jurado y hallarnos ante un supuesto de plazo palmariamente irrazonable que de por sí constituye una dilación indebida. Se reducen las penas a tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.**

*Nº:* 1016/2013

*Ponente Excmo. Sr. D.:* Alberto Jorge Barreiro

Vista: 20/03/2014

*Secretaría de Sala:* Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SENTENCIA Nº:*** 360/2014

***Excmos. Sres.:***

**D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**  
**D. José Ramón Soriano Soriano**  
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**  
**D. Alberto Jorge Barreiro**  
**D. Carlos Granados Pérez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación interpuesto por Montserrat Barranquero Arola y Francisco Javier Goiriena de Gandarias representados por el Procurador Sr. García San Miguel y Orueta contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Penal de fecha 14 de marzo de 2013. Han intervenido el Ministerio Fiscal y como parte recurrida la Universidad del País Vasco, representada por la procuradora Sra. Leiva Cavero y la Asociación Vasca Garbi ETA Zuri representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Herranz. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de instrucción número 4 de Getxo instruyó procedimiento de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado con el número 1/09 por delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, contra Montserrat Barranquero Arola y Francisco Javier Goiriena de Gandarias, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado num. 2/2010, el Magistrado Presidente en fecha 19 de octubre de 2012, dictó sentencia que fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dictó en el Rollo de Apelación 30/12 sentencia con fecha 14 de marzo de 2013, con los siguientes antecedentes de hecho:

*"Primero. En el Rollo del Tribunal Jurado núm. 2/2010, seguido en la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia e instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n° 4 de los de Getxo, contra D Monserrat Barraquero y D. Francisco Javier Goiriena de Gandarias, por un presunto delito de malversación de caudales públicos y*

*falsificación de documentos, se dictó sentencia, el día 19 de octubre de 2012, de acuerdo con el veredicto del Jurado, en la que se declaran probados los hechos que siguen a continuación:*

*“Francisco Javier Goiriena de Gandarias y Montserrat Barranquero Arola eran, en la época a la que se refieren los presentes hechos, Decano de la Facultad de Medicina y Odontología y Catedrático del Departamento de Estomatología, y Directora del Departamento de Estomatología de la misma Universidad, respectivamente, y pareja de hecho. Puestos en todos los casos de común acuerdo:*

*1º.- En el recurso contencioso administrativo seguido contra el nombramiento de Montserrat Barranquero como Catedrática, por causa de ser el Presidente del Tribunal de la Oposición su pareja sentimental y socio mercantil, negociaron con algunos recurrentes con el fin de lograr su desistimiento.*

*Uno de ellos, Eduardo Manuel Ortiz Lastra, exigió como condición para su desistimiento, que no supusiera un coste económico para él, y que, por tanto, le fueran abonados los honorarios de su letrada.*

*Los acusados aceptaron dicha exigencia y dispusieron el pago a la letrada Victoria Rodríguez Vidarte, de 1.298,19 euros, desde la Unidad de Gasto Autorizado (en adelante durante toda la sentencia UGA) B0230, que se nutría con dinero de la Universidad del País Vasco, y cuya responsabilidad les incumbía a ambos acusados. Los gastos fueron abonados en fecha dos de septiembre de 1998, ignorando la perceptora del dinero y el propio Eduardo Manuel Ortiz Lastra que se trataba de dinero de la Universidad.*

2°. Sin que mediara interés alguno para la Universidad, y con finalidad de guardar determinados materiales y enseres, ya almacenados en dependencias de la misma, contrataron con Javier Acha López, el depósito de dicho material en el caserío de su propiedad, en la calle Atxesbide, nº 13, de Erandio, sin que conste el uso que de dichos enseres o materiales se pretendía, pero en todo caso, sacándolos de las dependencias universitarias.

No consta, a efectos de este procedimiento, que Javier Acha López tuviera conocimiento exacto de que no era la Universidad del País Vasco la que contrataba, a pesar de que aceptaba de ella los pagos de las cantidades establecidas con los acusados, en conceptos ajenos al presunto contrato, en unos casos, por razón de “honorarios” o en otros casos, por el concepto de “departamento” o “colaboración curso post-grado” La cantidad total pagada a Javier Acha por estos hechos, hasta que la Universidad detectó los mismos, asciende a 9.360’38 euros, siendo realizado el pago desde las UGAS B98273, B98281, B0314, 39272 y 39621, que se nutrían con dinero de la Universidad del País Vasco de las que ambos eran titulares, aunque la negociación concreta de los términos del contrato fue realizada por el acusado Sr. Goirienea.

Al cesar los pagos que recibía de los acusados, Javier Acha López, presentó demanda contra la Universidad del País Vasco, en reclamación de otra cantidad de 7.813 euros por rentas impagadas por dicho depósito. En sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil dos, del Juzgado de 1ª Instancia de Getxo, dictada en los autos 298/01, confirmada por sentencia de fecha dieciocho de junio de dos mil tres, de la Sección V de la Audiencia Provincial de Vizcaya, se desestimó la demanda interpuesta. En dichas resoluciones se negó la buena fe del demandante que justificare que la Universidad del País Vasco quedara obligada al cumplimiento de contrato verbal alguno, contrato cuya existencia se

*alegaba basándose en la apariencia de representación de la Universidad del País Vasco, que el acusado Sr. Goiriena había manifestado en su actuación.*

*El material indebidamente sacado de la Universidad del País Vasco, no consta tasado, no habiendo sido posible determinar, dado el tiempo transcurrido, qué tipo de material era, o si se trataba de material nuevo o en desuso, o si se encontraba depositado en dependencias universitarias provisionalmente o con carácter definitivo, razón por la cual el perjuicio derivado de estos hechos se centre en las cantidades indebidamente abonadas al Sr. Acha.*

*Parte de los enseres fueron aprovechados para dar cumplimiento al Plan de Estudios de Licenciatura en las prácticas de pacientes especiales.*

*3°. La Universidad del País Vasco suscribió dos convenios de colaboración con la Consejería de Interior del Gobierno Vasco, para el desarrollo de dos programas, Estudio e intervención sobre factores de riesgo con patología cardiovascular y Análisis bucodental en sus modalidades de diagnóstico y prevención, que se desarrollan desde el año 1995 hasta el año 1999. Para la gestión de estos convenios se constituyó la UGA 62133, que se nutría con dinero de la Universidad, cuyos titulares eran los dos acusados.*

*A pesar de que el Departamento de Interior ingresó las cantidades pactadas y consideradas necesarias para la ejecución del convenio, los acusados, con ánimo de obtener un beneficio económico, no cargaron los gastos a la UGA referida, sino al propio Departamento.*

*En concreto, en el primero de los convenios mencionados (factores de riesgo con patología cardio-vascular) los reactivos necesarios*

*para los análisis de sangre los proveía la empresa IZASA y se entregaban en las dependencias de la Consejería de Interior UTAP de Getxo, pero fueron pagados por el Departamento de Estomatología con cargo a su UGA orgánica (00095), de la que era titular la acusada Doña Montserrat Barranquero, Directora del Departamento. El importe de los reactivos entregados en dicho local alcanza la suma de 22.945'17 euros, gastos que al ser cargados al Departamento, redujeron el gasto de la UGA del Convenio, incrementando de este modo el importe de beneficio que los acusados obtuvieron de este convenio.*

*4°. Montserrat Barranquero, en la fecha en que era responsable del Departamento de Estomatología, y Francisco Javier Goiriena Decano de la Facultad, autorizaron pagos de material de laboratorio facturados por/a empresa Abbot científica SA por importe de 2.048.985 pts. (12.294'40 euros), con cargo a la UGA orgánica del Departamento (00095). Este material fue entregado a*

*Fernando De Mier en la avenida Zumalacárregui 30 de Baracaldo, y en el apartado de correos 699 de Leioa. Dicho material fue entregado para fines particulares del mencionado Fernando De Mier, sin justificación ni autorización de la Universidad para destinar tales cantidades a dichos fines.*

*Los Departamentos de la UPV podían costear gastos en materiales necesarios para el desarrollo de proyectos y tesis doctorales.*

*5°. En el convenio de Análisis bucodental en sus modalidades de diagnóstico y prevención, acordado con la Consejería de Interior, las radiografías panorámicas que se realizaban a los agentes, se llevaban a cabo con los equipos y materiales de la Clínica Odontológica de la Facultad de Medicina, sin que se abonase el precio público fijado por la Clínica para cada radiografía que en el período 95/96 era de 19'53 euros,*

*al cambio actual. El equipo era manejado por Fidel López Echevarría y Jesús Larrinaga, personal contratado administrativamente por la UPV para prestar servicio de mantenimiento de las instalaciones de la Clínica.*

*La cantidad no abonada asciende a la cifra de 11.700'46 euros, resultante de multiplicar 626 radiografías panorámicas por 19'53 euros/unidad, siendo la finalidad de tal actuación reducir los gastos aplicables a la ejecución del convenio, para mantener y elevar la cantidad que, derivada de tal convenio, aplicaron los acusados a sus respectivas nóminas, detrayéndolo del patrimonio público.*

*6°. Con idéntica finalidad de obtener beneficio económico a costa de bienes públicos, vulnerando las limitaciones impuestas a los docentes en su actividad privada por la Ley de Incompatibilidades, los acusados, actuando conjuntamente y de común acuerdo, crearon cuatro sociedades ficticias cuya función era emitir facturas por servicios no realizados contra las U.G.A.s que gestionaban los acusados.*

*Dichas sociedades eran las siguientes: ORALSAN S.L. Constituida por los acusados en enero de 1992. Objeto social: la elaboración, fabricación o distribución de productos dentales y sanitarios, explotación de clínicas dentales o de salud, estética y belleza, y docencia relacionada con el área de salud. Domicilio social: calle Pas d' Arro, 23 A 1 2. Vielha Mijar. Lleida. Administrador, la acusada Montserrat Barranquero Arola. Liquidada en el año 2000.*

*Los acusados a través de la sociedad Oralsan S.L. eran titulares de una clínica dental privada sita en la calle Alameda Urquijo, nº 50, 1º de Bilbao, donde prestaban sus servicios como odontólogos diferentes titulados relacionados académica o personalmente con los acusados. En la TGSS fueron afiliados por dicha sociedad, Aitziber Alvarez Basarrate 149*

días, Montserrat Barranquera Arola, 53 días, María Fernández Caballero, 2572 días, Maitane Goicolea Mahillo, 149 días. Según el Colegio Oficial de Odontólogos, organismo a quien no le constaba la titularidad de la clínica, trabajaron en dicha consulta, el Doctor Javier Palacios Fernández hasta septiembre de 1999, Begoña Aguirre Huegun, en octubre de 1999, Aitziber Alvarez Basarrate desde enero de 2000. Dicha sociedad, presentó facturas de material propio de la consulta emitidas por Ekident.

*ORALFORMA S.L.* Constituida por los acusados en marzo de 1993. Administrador único, la acusada. Objeto social, la elaboración y distribución de productos dentales y sanitarios, la explotación de clínicas dentales o de salud, estética y belleza y la docencia relacionada con el área de salud. Domicilio social: calle Pintor Peiro, nº 5,3º de Valencia, inmueble propiedad de la empresa Geico S.A. General de Inmuebles y Construcciones, alquilado por la acusada en noviembre de 1992, por tiempo de seis meses, y cuando menos, desde 1997 a febrero de 2000 alquilado, por dicha sociedad a otros particulares entre los que se encuentran, Julia Berenguer Soler, Angel Ramírez Fernández, Juan Carlos Guerrero Almagro. Disuelta y liquidada en el año 2000, adjudicándose la acusada el inmovilizado material de la sociedad, constituido por una mitad indivisa del piso séptimo del nº 18 de la calle Pintor Peiro. Valencia.

El acusado, vendió en escrituras públicas de fecha veintiocho de marzo de 1995, ambas sociedades a la acusada, volviendo a constituir otras dos sociedades:

*ANÁLISIS CORRECTO S.L.* Constituida por los acusados en octubre de 1998. Objeto social, la analítica, elaboración y fabricación de productos relacionados con la salud, estética, belleza y docencia, así como realizar estudios de laboratorio y tratamiento de datos. Domicilio social,

*en calle Manuel de Falla,9, 5 4 Barcelona, inmueble propiedad de la acusada Montserrat Barranquero Arola.*

*INSTRUCCIÓN Y LABORATORIO S.L. Constituida por los acusados en noviembre de 1998. Objeto social, la preparación y distribución de material sanitario y cosmético. La formación y asistencias socio-sanitaria y aquellos estudios relacionados con el área socio-sanitaria y medioambiental. Domicilio social: calle Canet, Barcelona, 37 11, inmueble propiedad de José Maria Barat Baberch. Administrador, la acusada, Montserrat Barranquero Arola.*

*Dichas sociedades tienen como características comunes:*

- Domicilio social fuera del País Vasco.*
- Los denunciados son los únicos accionistas.*
- Todas tienen la forma de sociedad limitada y se constituyen con un capital de 500.000 pts. aportado a partes iguales por los dos acusados.*
- En las cuatro figura como Administradora la Sra. Barranquero.*
- Ninguna cumplía anualmente las obligaciones mercantiles y tributarias exigidas, haciéndolo todas ellas retroactivamente después de la denuncia presentada en julio año 2000, de la que deriva el presente escrito.*
- Las citadas sociedades tenían como único cliente a la Universidad del País Vasco.*
- Ninguna tenía personal a su servicio, excepto ORALSAN S.L., titular en su día de una Clínica dental en Bilbao c/ Alda. Urquijo nº 50-1º.*
- Estas sociedades apenas tenían gastos y los pocos que tenían se correspondían a los gastos corrientes de la vivienda donde estaban domiciliados como el agua, luz, comunidad de propietarios, etc.*
- Ninguno de los gastos acreditados correspondía a material médico o de laboratorio, salvo en el caso de ORALSAN S.L., que en la*

*época en que fue titular de la clínica dental consumía materiales propios de esa actividad sanitaria.*

*Los acusados, a través de estas sociedades, emitieron cuando menos 34 facturas, simulando la realización de servicios que no hicieron, por un importe total de 110.837'49 euros, conforme a la siguiente relación e importes en pts. (excluido el IVA):*

<i>EMPRESA</i>	<i>IMPORTE</i>	<i>CONCEPTO</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>515.000</i>	<i>Analíticas en trabajadores del sector de alimentación de patógenos nasales ungueales y entéricos</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>622.000</i>	<i>Analíticas en trabajadores de IgA, IgG, IgM y de albúmina</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>593.000</i>	<i>Determinaciones de colesterol LDL, HDL y Apo B en pacientes intervenidos con L. Clavatum y ensayos previos en pacientes</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>680.000</i>	<i>Determinación en trabajadores (sobrecarga laboal) de LDH y CK, Ferritina y transferrina, triguiceridos, albumina, GOT y GPT</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>675.000</i>	<i>Analíticas de M.tuberculosis y resistencia a los antibióticos, Candida albicans, y beta 2 microgublina en un colectivo de drogodependientes</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>657.943</i>	<i>Análisis de muestras y tratamientos de datos en industrias de disolventes orgánicos y de forma</i>

<i>ORALSAN</i>	<i>643.925</i>	<i>Análisis medio ambientales</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>706.000</i>	<i>Encuestas en deportistas y población general con aplicación del test de Adams forward-bending</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>720.000</i>	<i>Encuestas GHQ y determinaciones capacidad buffer</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>251.500</i>	<i>Analíticas en trabajadores con ligero grado de deficiencia mental</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>203.000</i>	<i>Anaíticas en sangre VHB+</i>
<i>ORALSAN</i>	<i>592.500</i>	<i>Control de muestras de saliva tras el uso de A1203 3CH y Nux moschata 15 CH</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>600.000</i>	<i>Encuestas epidemiológicas en tercera edad</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>572.000</i>	<i>Encuestas sobre alimentación y caries, fotocopias y encuadernaciones</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>550.000</i>	<i>Análisis variabilidad de parámetros bioquímicos en relación a la obesidad</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>760.000</i>	<i>Análisis de recuento de colonias de S.mutans y lactobacillus</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>710.000</i>	<i>Analíticas en salivas de deportistas y personas sedentarias</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>600.000</i>	<i>Encuestas en población laboral y analíticas</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>570.000</i>	<i>Determinaciones tras un programa de intervención en salud oral de microorganismos orales predictores de patología oral</i>

<i>ORALFORMA</i>	<i>725.000</i>	<i>Encuestas y exploración en embarazadas</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>214.000</i>	<i>Analíticas en población laboral con déficit psíquico</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>230.000</i>	<i>Análisis y valoración en población laboral alcohólica y no alcohólica</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>311.000</i>	<i>Determinación en frotis vaginal y analisis serológico</i>
<i>ORALFORMA</i>	<i>532.000</i>	<i>Detenninaciones MetaHb en Pob. Laboral y gastos de fotocopias</i>
<i>LABINSTRU</i>	<i>317.757</i>	<i>Determinaciones de Iga salivar y fotocopias</i>
<i>LABINSTRU</i>	<i>420.560</i>	<i>Encuestas de trabajo y determinación de flujo salivar, valoraciones capacidad bufer tampon, determinaciones de pH y determinaciones de acido sialico</i>
<i>LABINSTRU</i>	<i>633.000</i>	<i>Encuestas intervención con Aconitum Napellus en población trabajadora</i>
<i>LABINSTRU</i>	<i>584.000</i>	<i>Deteminaciones de tasas de proteínas, amilasas, analíticas de capacidad bufer tampón y determinaciones de pH</i>
<i>ANACO</i>	<i>450.000</i>	<i>Analíticas parásitos en heces</i>
<i>ANACO</i>	<i>700.237</i>	<i>Muestras e identificación de microorganismos patógenos</i>
<i>ANACO</i>	<i>294.392</i>	<i>Encuestas patología columna vertebral</i>
<i>ANACO</i>	<i>587.600</i>	<i>Detenninaciones de lisozima y ticcianato</i>
<i>ANACO</i>	<i>492.000</i>	<i>Determinaciones de CT, c-HDL, c-HDL2, c-HDL3, CLDL, TG, Lp</i>

		<i>(a), Gluc, Albumina</i>
ANACO	280.000	<i>Encuestas sobre salud</i>

“La mayoría de las facturas se pagaron por los acusados con cargo a las siguientes UGAS, de las que eran cotitulares; 61.358 (Salud Laboral) 13 facturas, 98281 (Valoración daño bucodental) 2 facturas, 98273 (Valoración y Baremación del Daño Corporal) 6 facturas, 62133 (Programa de salud oral y prevención-Convenio Consejería de Interior) 3 facturas, B0314 (Master de Homeopatía y salud) 2 facturas y 98290 (Master de dirección y gestión).

*“De las cantidades indicadas recibidas por las sociedades, dispusieron los acusados mediante cheques o reintegros que siempre eran en cifras redondas de tres ceros (300.000, 450.000, 480.000, 490.000pts.).”*

*Segundo. En el Fallo de la sentencia apelada se consigna:*

*“Condeno a Francisco Javier Goiriena De Gandarias y a Montserrat Barranquero Arola, como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; inhabilitación especial para el derecho pasivo durante el tiempo de la condena; a que indemnicen, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil a la Universidad del País Vasco en 168.436’09 euros, con los intereses del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al abono por mitades partes de las costas procesales causadas.”*

*Tercero. La sentencia fue notificada a las partes y por la representación procesal de los dos condenados se interpuso recurso de apelación ante la Sección 2ª de la Il.ª Audiencia Provincial de Bizkaia para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de conformidad con lo establecido en el art. 846 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*Cuarto. Una vez emplazadas las partes, se personaron ante esta Sala de lo Penal, el Procurador el Procurador (sic) D. Germán Ors Simón en representación de la apelante Dª Monserrat Barranquero Arola; el Procurador D. Alberto Arenaza Artabe en representación del apelante D. Francisco Javier Goiriena de Gandarias; el Procurador D. Germán Apalategui Carasa, en representación de la apelada Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea; la Procuradora Dª Paula Basterreche Arcocha, en representación de la “Asociación Vasca Garbi eta Zuri” y el Ministerio Fiscal.*

*Quinto. Recibidas que fueron las actuaciones, se señaló para la celebración de la vista del recurso, el día 12 de febrero de 2013 a las 10:00 horas de su mañana, formándose Sala para el conocimiento del recurso y de sus eventuales incidentes por tres Magistrados, y haciéndose entrega de copia de las actuaciones a los Magistrados para su instrucción.*

*Sexto. La vista se ha celebrado en el día y hora señalado, con asistencia de las partes, solicitándose por los Letrados recurrente la estimación de los recursos y la revocación de la sentencia en la forma y por los motivos expuestos en sus escritos de Apelación.*

*Asimismo, por las partes apeladas y el Ministerio Fiscal se interesó la confirmación de la sentencia recurrida"*

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

*"Desestimamos los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de D<sup>a</sup> Montserrat (sic) Barranquero Arola y D. Francisco Javier Goiriena De Gandarias contra la Sentencia de 19 de octubre de 2012, dictada en el ámbito de la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Bizkaia, por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado en el Rollo n<sup>o</sup> 2/2010, por el delito de malversación de caudales públicos y falsificación de documentos.*

*Con imposición de las costas causadas por los recursos a las partes recurrentes".*

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por los acusados Montserrat Barranquero Arola y Francisco Javier Goiriena De Gandarias, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

4.- La representación de los acusados basa sus recursos en los siguientes motivos de casación:

**A) Montserrat Barranquero Arola:** PRIMERO.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al debido proceso, y a la vez del derecho fundamental a la defensa (art. 24 CE). SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva concretado en el derecho al procedimiento con todas las garantías, por haberse dictado la sentencia de apelación de modo que hace surgir dudas sobre la imparcialidad del TSJ en el modo de resolver el

recurso. TERCERO.- Al amparo del art. 852 LECr, así como del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al procedimiento con todas las garantías, por denegación de medios de prueba pertinentes, causante de una efectiva y material situación de indefensión. CUARTO.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, asimismo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. QUINTO.- Al amparo del art. 850.1º LECr., por quebrantamiento de forma, por denegación de diligencias de prueba necesarias y pertinentes, que fueron propuestas en tiempo y forma. SEXTO.- Al amparo del art. 849.1º LECr., por infracción de ley, aplicación indebida de los delitos del art. 390.2 y 432.1 CP remisión parcial. SÉPTIMO.- Al amparo del art. 852 LECr., así como del art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales y con el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 24 y 25 CE).

**B) Francisco Javier Goiriena de Gandarias:** PRIMERO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del art. 24.2 de la CE, al haberse producido condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia. SEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 de la LECr, por vulneración del art. 24.2 de la CE al haberse producido condena a pesar de que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia. TERCERO.- Al amparo del art. 851.3 de la LECr, por no haber sido resueltos todos los puntos objeto de defensa en el recurso de apelación. CUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la CE. QUINTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr. por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la CE, dada la incorrecta valoración de la prueba. SEXTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24.1

de la CE, del derecho a un proceso con todas las garantías y mediatamente a la presunción de inocencia. SÉPTIMO.- Por infracción de ley al amparo del num. 1 del art. 849 de la LECr., por aplicación indebida de los arts. 27 y 28 del CP, sobre autoría y participación. OCTAVO.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la CE. NOVENO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, recogido en el art. 24.2 de la CE. DÉCIMO.- Al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 390.1 del CP, al haberse producido condena por delito de falsedad documental cometida por funcionario público. UNDÉCIMO.- Por infracción de ley al amparo del num. 1 del art. 849 LECr., por inaplicación indebida del art. 14 del CP. DÉCIMOSEGUNDO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el art. 24.1 de la CP, del derecho a un proceso con todas las garantías, recogido en el art. 24.2 de la CP. y medianamente, del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. DECIMOTERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida aplicación de los art. 59, 61 y 63 de la Ley de Tribunal de Jurado. DECIMOCUARTO.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECr., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, recogidos respectivamente en los art. 24.1 y 24.2 de la constitución, dada la manifiesta ausencia de motivación del veredicto del jurado. DECIMOQUINTO.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por indebida inaplicación del art. 21.6 en relación con el art. 66.1.2º, ambos del CP,

5.- Instruidas las partes presentaron escritos la Procuradora Sra. Leiva Cavero en nombre y representación de la Universidad del País Vasco, UPV/EHU y la Procuradora Sra. Rodríguez Herranz en nombre y representación de la Asociación Vasca GARBI ET ZURI impugnando

respectivamente los recursos interpuesto por los acusado; el Ministerio Fiscal impugnó todos y cada uno de los motivos de los recursos interpuestos; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de la vista cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento, ha tenido lugar la vista prevenida el día 20 de marzo, con la asistencia, como recurrentes los letrados Jesús María Silva Sánchez en defensa de Montserrat Barranquero Arola e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno en defensa de Francisco Javier Goiriena de Gandarias que informan sobre los motivos del recurso; como recurridos, José Ignacio Sufrate Simón en defensa de la Asociación Vasca Garbi ETA Zuri y Miguel María Ladislao Alonso Belza en defensa de la Universidad del País Vasco UPV/EHU que solicitan la desestimación del recurso y el Fiscal que se ratifica en el informe.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRELIMINAR.** El Magistrado-Presidente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia el 19 de octubre de 2012, en la que condenó a Francisco Javier Goiriena De Gandarias y a Montserrat Barranquero Arola, como autores responsables de un delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de cinco años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; inhabilitación especial para el derecho pasivo (*sic*) durante el tiempo de la condena; a que indemnizen, conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil a la Universidad del País Vasco en 168.436'09 euros, con los intereses

del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al abono por mitad de las costas procesales causadas.

Contra la referida condena recurrieron en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, los dos acusados: Francisco Javier Goiriena De Gandarias y Montserrat Barranquero Arola. El 14 de marzo de 2013 dictó sentencia ese Tribunal desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de los acusados contra la sentencia de 19 de octubre de 2012, pronunciada por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con imposición a las partes recurrentes de las costas causadas.

Contra esa última sentencia recurrieron en casación ante esta Sala las defensas de ambos acusados.

**A) Recurso de Montserrat Barranquero Arola**

**PRIMERO. 1.** En el **primer motivo** denuncia la recurrente, con sustento procesal en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración de los derechos fundamentales al **debido proceso y a la defensa** (art. 24.2 CE).

Los argumentos que alega la parte hemos de dividirlos en dos apartados nucleares: el primero relativo a los efectos retroactivos de la incoación del procedimiento del Tribunal del Jurado, y el segundo atañe a la denegación de algunos medios de prueba.

Sin embargo, al dedicar la parte recurrente un motivo específico, el tercero, a la denegación de medios de prueba y a la posible indefensión, nos hemos de centrar ahora solo en la cuestión que suscita por no haber

retrotraído el procedimiento abreviado a la fase de instrucción correspondiente al procedimiento de Jurado, y más en concreto al momento anterior a la celebración de la vista de la audiencia preliminar.

2. Arguye la defensa de la recurrente que cuando la Audiencia Provincial de Vizcaya acordó por auto de 27 de julio de 2009 su incompetencia para conocer de la causa y que se prosiguiera la tramitación del procedimiento por los trámites de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ), al mismo tiempo que reponía el proceso al trámite inmediatamente anterior a la designación de un Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado (art. 35 de la LOTJ), omitió retrotraer el proceso al momento anterior a la audiencia preliminar, privando así a las partes de efectuar las alegaciones y de proponer las diligencias de investigación que en esa vista oral permiten los arts. 30 y ss. de la LOTJ, dando de este modo por bueno lo ya acordado sobre la apertura del juicio oral mediante los trámites del procedimiento abreviado, con lo cual se privaba a las defensas de unos trámites específicos de esa Ley y se entraba directamente en la fase intermedia del procedimiento del Tribunal del Jurado sin cumplimentar debidamente las normas de la fase de instrucción.

Pues bien, lo primero que se aprecia en la exposición del presente motivo es que suscita una cuestión que no ha sido específicamente planteada ante el Tribunal Superior de Justicia, ya que la defensa no solicitó la nulidad del procedimiento por la razón que ahora esgrime, de ahí que la sentencia de apelación no haya entrado a dirimirla. Se está, pues, ante una impugnación *per saltum*, mediante la cual la defensa de la recurrente formula *exnovo* ante esta Sala una pretensión que no había sido postulada ante el Tribunal de apelación.

A este respecto, es importante subrayar que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación; o dicho de otro modo: el marco de la disidencia en el recurso de casación queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y, por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación. El control casacional se construye sobre lo que fue objeto del recurso de apelación, no pudiéndose introducir motivos absolutamente novedosos que no se pudieron analizar y resolver en la apelación (SSTS 302/2013, de 27-3; 658/2013, de 18-7; y 688/2013, de 30-9, entre otras).

De todas formas, y aunque se entrara a examinar la cuestión suscitada la decisión final sería la misma, pues carece de toda razón en este caso pretender retrotraer las actuaciones a la fase embrionaria de la instrucción con el objeto de que se practiquen nuevas diligencias de investigación dado que se trata de una instrucción judicial que se inició en el año 2000, lo que quiere decir que cuando se acomodó el procedimiento a los trámites de la Ley del Tribunal del Jurado ya habían transcurrido más de seis años de investigaciones judiciales y el proceso, lógicamente, ya había rebasado la fase de apertura del juicio oral. Se incurriría por tanto en una incoherencia procesal y en una demora injustificable si se accediera a reponer la causa de nuevo a la fase de instrucción como ahora pretende la parte recurrente, máxime si se pondera que la instrucción en el procedimiento por Jurado presenta un carácter mucho más sumario y restringido que en el procedimiento abreviado, debido a que aquel concentra toda la fase probatoria en la vista oral, procurando evitar la dilación de las instrucciones, aunque en la práctica pocas veces lo consiga.

El primer motivo resulta por tanto inasumible.

**SEGUNDO.** El segundo motivo lo dedica la recurrente, también por el cauce procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, a denunciar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías, por haberse generado dudas sobre la imparcialidad del Tribunal Superior de Justicia a tenor del “modo de resolver el recurso”.

Alega la defensa de la acusada que las dudas sobre la imparcialidad del Tribunal de apelación le surgen debido al uso que hace del control o revisión de la apreciación de la prueba que valoró el Tribunal del Jurado. Discrepa en concreto de que la Sala de instancia argumente en diferentes ocasiones con el art. 849.2º de la LECr. cuando valora la prueba documental, y ello porque viene a operar con los criterios restrictivos de un recurso extraordinario de casación cuando en realidad está ejercitando el control propio de un recurso de apelación.

La debilidad del argumento surge ya al examinar la forma de proponerlo, pues la parte se limita a exponer que le “surgen dudas”, como si la opinión o el sentimiento subjetivo de duda o desconfianza fuera suficiente para anular un juicio por falta de imparcialidad de un Tribunal. Las impresiones personales o la suspicacia de una parte no pueden dar lugar a la nulidad de un juicio por falta de imparcialidad del órgano sentenciador. Cualquier cuestionamiento de la imparcialidad de un Tribunal precisa para configurar una causa de nulidad del juicio una base objetiva rigurosa y seria, no siendo suficiente con una mera desconfianza por impresiones personales de una de las partes interesadas en el proceso.

El único argumento que en este caso alega la parte recurrente es el uso que ha hecho la Sala de instancia en sus razonamientos probatorios del art. 849.2º de la LECr., circunstancia que conduce a la defensa a entender

que el Tribunal se ha salido indebidamente del raíl del recurso de apelación y se ha introducido de forma incorrecta en el de la casación.

Se olvida con ello de que el recurso de apelación que regula el art. 846 bis c) de la LECr. es un medio de impugnación que, según ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia, poco tiene que ver con un recurso ordinario de apelación, pues presenta una naturaleza y un alcance tan restringido que ha sido equiparado a una casación, al compartir ambos una naturaleza extraordinaria. Es más, hay quien ha llegado a considerarlo como un cauce impugnatorio todavía más estrecho que el que alberga la propia casación. En cualquier caso, parece claro que el control de la supervisión de la valoración de la prueba que se asigna al Tribunal Superior de Justicia con respecto a la sentencia del Tribunal del Jurado no es superior al que se le atribuye a un Tribunal de Casación.

Por lo demás, según se recuerda en la sentencia de esta Sala 323/2013, de 23 de abril, reproduciendo la 1179/2004, de 15 de octubre, en principio, no existe obstáculo alguno para considerar que los motivos de casación, tanto por infracción de ley como por quebrantamiento de forma, puedan ser considerados como posibles vulneraciones de preceptos constitucionales, susceptibles de alegación ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia [(art. 846 bis c), apartado b) LECr.]. Así, por ejemplo, la denegación de alguna diligencia de prueba, o la falta de citación de alguna parte, o la negativa a que un testigo conteste determinada pregunta, o los supuestos en que la sentencia no resuelva sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación o de la defensa, etc., pueden ser consideradas tanto vicios "in procedendo" o "in iudicando" (arts. 850 y 851 LECr.) como vulneración de derechos y preceptos constitucionales, como son el derecho a la tutela judicial efectiva, la proscripción de toda posible indefensión, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, etc. (art. 24 CE). Nada se

opone, pues, a que los posibles errores en la valoración de la prueba a que se refiere el art. 849.2º de la LECr. sean alegables, en cuanto posibles motivos de apelación en este tipo de procesos, como infracciones de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos [art. 846 bis c), apartado b) LECr.] "

Así las cosas, es claro que este segundo motivo no puede acogerse.

**TERCERO.** En el **motivo tercero** se invoca, al amparo de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, por **denegación de pruebas pertinentes** causante de una efectiva y material situación de indefensión.

**1.** La **primera denegación de prueba** de la que se queja la parte recurrente es la relativa a la acreditación documental de que la acusada dejó de cobrar el complemento como directora y coordinadora del título propio de postgrado con el que se daba cobertura al pago de la suma de 1.298,19 euros a la letrada Victoria Rodríguez Vidarte, pago que se efectuó con dinero de la Universidad del País Vasco (UPV), en concreto del correspondiente a la Unidad de Gasto Autorizado (UGA) B0230.

La acusada admite que, en efecto, ese gasto de pago de una letrada de la parte contraria con ocasión de un acuerdo en un proceso contencioso administrativo que concernía personalmente a aquella, se trataba de un pago que le correspondía particularmente a ella y no a la Universidad. Sin embargo, ha sostenido en su defensa que, aunque el pago a la letrada se hizo con fondos de la Universidad del País Vasco, en realidad lo habría abonado la recurrente al dejar de ingresar una cantidad que le adeudaba la Universidad en concepto de un complemento a que tenía derecho como directora del curso de postgrado "Seguridad y Salud Laboral", extremo que

la recurrente pretendía constatar mediante un certificado que acreditara que no cobró realmente ese curso a que tenía derecho.

Frente a esa queja formulada en su momento en vía de apelación, responde el Tribunal Superior de Justicia en el fundamento tercero de su sentencia que el medio de prueba debía tenerse, en todo caso, como objetivamente inidóneo para la acreditación de los hechos relevantes integrantes del tema objeto de prueba señalado. Y ello, en la medida en que el aludido negocio jurídico de compensación (artículo 1.195 del Código Civil) resultaba jurídicamente imposible de establecer entre la acusada y la entidad pública UPV/EHU, pues ambas personas, física y jurídica, no aparecen en los hechos justiciables que definen el tema de prueba como recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra; de manera distinta, la acusada aparece como acreedora de la UPV en relación con determinados devengos retributivos, y como deudora, por razón de un negocio privado, de una cantidad en concepto de honorarios profesionales de la que es recíprocamente acreedora la Letrada Victoria Rodríguez Vidarte; y en modo alguno la UPV. Lo que privaba —termina diciendo la sentencia recurrida— de todo carácter de prueba causal al documento de constancia, cuya elaboración por la UPV se requería por la acusada.

El Tribunal Superior razona, pues, con argumentos jurídicos la irrelevancia de la prueba sobre el resultado del proceso, viniendo a entender que las cuestiones relativas a posibles deudas o ajustes contables pendientes entre la Universidad y la acusada, al margen de no resultar esclarecidas, no pueden traerse a colación a la hora de efectuar un pago a una tercera persona totalmente ajena a la Universidad y por una deuda que tampoco tenía nada que ver con los emolumentos universitarios, cual era el pago de unos honorarios profesionales de una letrada en relación con su ejercicio profesional en una contienda judicial.

2. La **segunda denegación probatoria** que cuestiona la recurrente se refiere al hecho probado cuarto de la sentencia recurrida: la entrega de material de laboratorio por Abbot Científica a costa de la Universidad del País Vasco a Fernando Mier para fines particulares de este, entrega que se habría producido por orden de los acusados, que eran los que disponían de los fondos del departamento correspondiente.

La defensa de la acusada alega que se le denegó la prueba documental con la que pretendía acreditar que la actividad de Fernando Mier estaba relacionada con su adscripción al Departamento de Estomatología en su condición de doctorando, recibiendo el material con motivo de esa actividad universitaria. Afirma la parte recurrente que los documentos números 2.26 y 2.33 estaban relacionados con la justificación de tales datos exculpatorios.

Sobre este particular argumenta el Tribunal Superior que, en su momento, y en el trámite del artículo 784.2 de la LECr., estaba a disposición de la parte solicitar del órgano judicial que recabara la "remisión" de documentos pero no su elaboración *exnovo* como prueba preconstituída. Así como que, en materia de prueba de documentos, las facultades conferidas al Ministerio Fiscal y a las partes por el artículo 785.1 de la LECr. se circunscriben a la "incorporación" a la causa de los que obren en su poder. Sin embargo, apartándose de la previsión procesal, la defensa de la acusada interesó, de forma no pertinente, la realización por las respectivas organizaciones administrativas del Tribunal Vasco de Cuentas y de la UPV de complejos actos de instrucción dirigidos a la elaboración como prueba preconstituída de sendos documentos de constancia sobre los que no se había deducido solicitud alguna durante los nueve años en los que se desarrolló la instrucción del procedimiento abreviado.

Por consiguiente, el Tribunal de apelación argumentó sobre la correcta denegación de una prueba que no se ajustaba a los cauces procesales que se preveían en un determinado momento del proceso y que, además, había sido omitida por la defensa durante nueve años de instrucción. A tales argumentos añade la representación de la Universidad del País Vasco que el referido Fernando Mier tenía inscrita una tesis que nunca llegó a defender.

Así las cosas, ni se justifica la necesidad de la prueba ni tampoco puede hablarse de una indefensión material.

**3. El tercer medio de prueba** cuya denegación impugna la defensa del acusado atañe al hecho sexto de la sentencia recurrida, que dice lo siguiente: *“los acusados emitieron facturas simulando servicios que no se realizaron, como investigaciones y estudios para la realización de trabajos utilizados en la docencia, que según el informe pericial de la Doctora Isabel Marijuán Angulo, como directora de Ética de la Investigación y de la Práctica Docente del Vicerrectorado de Investigación del País Vasco, considera que el formato que presentan los trabajos no responde a ninguno de los habituales en el ámbito científico y que no reúne los requisitos profesionales adecuados a los modelos de un proyecto de investigación”*.

La parte recurrente alega que la prueba documental que se solicitó relativa a la impartición de créditos de investigación y de tesina en los diversos títulos propios tenía como finalidad demostrar que las facturas emitidas por las sociedades ORALSAN, ORALFORMA, ANÁLISIS CORRECTO e INSTRUCCIÓN Y LABORATORIO “tenían que ver” con tales actividades académicas y aclaraban por tanto una de las cuestiones esenciales a enjuiciar por el Tribunal del Jurado.

Sobre este particular señala la sentencia de instancia que la apelante no satisfacía la carga de justificar la idoneidad objetiva de la prueba para la acreditación de hechos relevantes, sino que se limitaba a manifestar que la prueba sobre la previsión de créditos de investigación en los programas docentes "parece guardar bastante relación" con la adquisición de trabajos a las sociedades "Oralsan", "Oralforma", "Análisis Correcto" e "Instrucción y Laboratorio".

A ello han de sumarse los graves indicios que concurrían sobre el carácter fraudulento de tales facturas debido a que las referidas sociedades carecían de medios personales y materiales para ejecutar esa clase de trabajos.

Y en lo que respecta al informe pericial que se solicitó del Decanato de la Facultad de Medicina y Odontología en relación con la calidad técnico-científica y la utilidad docente de los referidos trabajos, obtuvo la acusada pertinente respuesta por parte del Tribunal Superior de Justicia cuando este argumentó que la calificación de la proposición de prueba como extemporánea en la resolución dictada por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado resultaba razonable, atendiendo para ello al criterio de la posibilidad de practicar la prueba pericial propuesta en el lapso de tiempo disponible entre la fecha de adopción de la resolución, 8 de junio de 2012, y la de 17 de septiembre del mismo año, señalada para la formación del Tribunal del Jurado y el comienzo de las sesiones del juicio oral. Añadiendo que la invocación por la parte apelante de la normativa aplicable al procedimiento abreviado en el momento de proposición de la prueba (artículo 784.2 de la LECr.) no alteraba la anterior conclusión, toda vez que el precepto habilita a la parte defensora para que por el órgano judicial "se cite a peritos", en tanto que por la parte lo que se proponía era la realización de un dictamen pericial por el titular de un determinado órgano académico.

Se considera que, tras varios años de tramitación de diligencias de instrucción, no resultaba razonable proceder en ese momento procesal a la práctica de una nueva pericial anticipada con el fin de constatar la calidad y la utilidad de unos trabajos cuando todo indiciaba la emisión fraudulenta de unas facturas por una sociedad cuya estructura se sustentaba en una mera apariencia sin apoyo material alguno. Pues las referidas sociedades tenían el domicilio social fuera del País Vasco; los denunciados eran los únicos accionistas; era la acusada la única administradora legal de todas ellas; ninguna cumplía anualmente las obligaciones mercantiles y tributarias exigidas; tenían como único cliente a la Universidad del País Vasco; ninguna tenía personal a su servicio, excepto ORALSAN S.L.; los únicos gastos que tenían correspondían a los gastos corrientes de la vivienda donde estaban domiciliados; y ninguno de los gastos acreditados correspondía a material médico o de laboratorio, salvo en el caso de ORALSAN S.L., que en la época en que fue titular de la clínica dental consumía materiales propios de esa actividad sanitaria.

Los argumentos precedentes constatan, pues, que las pruebas denegadas a la parte recurrente no le generaron indefensión material en orden a sus tesis exculpatorias, dada la irrelevancia que presentaban para el resultado final del proceso, tanto desde la perspectiva de la calificación jurídica como de la decisión finalmente adoptada.

El motivo no resulta por tanto viable.

**CUARTO. 1.** El **cuarto motivo** lo dedica la defensa, bajo la cobertura procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, a denunciar la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** y también el derecho a la **tutela judicial efectiva** desde la perspectiva de la falta de motivación de las resoluciones judiciales.

Alega la parte recurrente que el elemento del dolo no ha resultado acreditado, tanto en lo que concierne al delito de malversación de caudales públicos como al de falsedad. En cuanto al primer delito referido, si bien consta en el veredicto la negativa del Jurado a considerar probado el error sobre el elemento normativo de la malversación, señala la defensa que no figura motivación alguna sobre tal negativa en la fundamentación del veredicto, sin que tal omisión pueda ser suplida íntegramente por el Magistrado Presidente en su sentencia, quejándose también de que la proposición formulada al Jurado lo fuera en la condición de hecho favorable al enfocar la inexistencia del dolo desde la perspectiva de la existencia de un error de tipo, y no como hecho desfavorable integrante del delito, esto es, como elemento subjetivo del conocimiento que ha de tener la acusada de que está sustrayendo un caudal público.

Y en lo que respecta al delito de falsedad, arguye la defensa que ni siquiera fue sometida a la decisión del Jurado la existencia del sustrato fáctico del dolo falsario, o sea, que la acusada conociera que estuviera realizando una conducta falsificadora subsumible en el art. 390 del C. Penal.

2. Siguiendo el orden establecido en el escrito de recurso, analizaremos primero la falta de motivación del **elemento subjetivo del dolo** correspondiente al delito de **malversación de caudales públicos** por el que fue condenada la recurrente.

Aduce la defensa, en primer lugar, que el objeto del veredicto fue redactado de forma defectuosa en lo relativo al sustrato de la imputación subjetiva (conocimiento como presupuesto del dolo), pues no fue incluido en el hecho principal una formulación positiva del hecho psíquico subyacente a la imputación dolosa, con lo que tal hecho —dice la parte

recurrente— no fue sometido al juicio del Jurado como hecho desfavorable, infringiéndose así la doctrina de esta Sala referente a que el hecho principal ha de contener todos los datos de hecho sin los cuales no podría tenerse por aplicable el tipo penal imputado (SSTS 1385/2011, de 22-12; y 144/2013, de 29-1).

La alegación carece de relevancia a los efectos de una posible nulidad por varias razones. La primera es que la cuestión ha sido examinada por el Jurado aunque fuera desde la perspectiva de la inexistencia del error, toda vez que la defensa cuestionó que la acusada “conociera” que los caudales cuya sustracción se le atribuía tuvieran la condición de públicos, a lo que respondió negativamente el Jurado por una mayoría abrumadora a las proposiciones que se le hicieron sobre ese extremo en varios de los episodios fácticos integrantes del objeto del veredicto.

En segundo lugar, la defensa tuvo la oportunidad de solicitar en el trámite del art. 53 de la LOTJ que la proposición relativa al conocimiento del carácter público de los fondos sustraídos no se formulara desde la perspectiva negativa de la existencia de un error por parte de la acusada, sino que se le preguntara al Jurado sobre el sustrato fáctico del elemento subjetivo del tipo penal de malversación de caudales públicos incluyendo la proposición asertiva como hecho principal y desfavorable para la acusada. Sin embargo no lo hizo, ni formuló tampoco protesta alguna sobre el particular. Asumió así el planteamiento de la cuestión como hecho favorable a la acusada, quizá porque para alcanzar una respuesta positiva para su tesis exculpatoria solo precisaba de cinco votos.

No parece, pues, congruente sino contradictorio que, una vez conocido el resultado del veredicto, impugne la forma de plantear la cuestión cuando no la cuestionó en su momento ni formuló tampoco

protesta alguna sobre la redacción del objeto del veredicto en ese punto concreto.

Por lo demás, si bien es cierto que, tal como argumenta la parte citando algunas sentencias de esta Sala, es habitual formular la proposición sobre el sustrato fáctico del dolo como hecho principal desfavorable para el acusado cuando se trata de un delito de homicidio o de asesinato, dada la relevancia del dolo homicida y su cuestionamiento reiterado por parte de los acusados en los juicios por delitos contra la vida, no sucede en cambio lo mismo cuando se trata de otra clase de delitos, en los que debido a la redacción del tipo penal y a la forma de ejecutarse las conductas el dolo suele ir implícito en el elemento objetivo del tipo penal. De modo que, tras acreditarse este, las acusaciones y las defensas ya no suelen cuestionar la base fáctica del elemento subjetivo del tipo penal.

También alega la parte recurrente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber motivado el Jurado la denegación de la existencia de error en la acusada sobre el carácter público de los fondos sustraídos. Se queja en concreto de que haya sido el Presidente del Tribunal el que estableciera en la sentencia los argumentos probatorios que fundamentan el dolo de la recurrente sobre la condición pública de los caudales, argumentación que entiende que es competencia del Jurado, pues —viene a decir— una cosa es que el Magistrado Presidente complemente la motivación del Jurado y otra muy distinta que la supla, que es lo que considera que hizo en el presente caso.

Pues bien, como es sabido el tema del error sobre los elementos normativos de los tipos penales, tal como se admite en el propio escrito de recurso, plantea espinosas cuestiones dogmáticas sobre su ubicación en los distintos elementos integrantes del delito, tanto en lo que se refiere a la teoría como en lo que atañe a la propia jurisprudencia. Tan es así que

pueden apreciarse con asiduidad en la jurisprudencia y en la doctrina criterios dispares sobre la incardinación del error sobre los elementos normativos del tipo, entendiendo en unos casos que ha de encuadrarse en el error de tipo y en otros en el error de prohibición, opciones que generan en numerosas ocasiones diferentes consecuencias punitivas en la práctica.

Ello también ha sucedido en el presente caso, puesto que la sentencia del Tribunal del Jurado parece dar a entender que el error sobre la condición pública del caudal sustraído es un error de tipo, mientras que el Tribunal Superior de Justicia, sin un fundamento argumental de apoyo, lo considera como un error de prohibición, apartándose así del criterio que lo enmarca en el error de tipo, generalmente más favorable al reo, sobre todo en los supuestos en que no está prevista una modalidad imprudente del tipo penal y el error es vencible.

Sirva todo lo anterior a modo de introducción de la complejidad que plantean en la práctica los errores sobre elementos normativos de los tipos penales en los juicios celebrados ante tribunales ordinarios, complejidad que lógicamente se incrementa en los juicios por Jurado, dada la dificultad con que se enfrentan los jueces legos a la hora de decidir y motivar su decisión sobre la concurrencia del sustrato fáctico (hecho psíquico del conocimiento) de un dolo que ha de recaer sobre un elemento normativo: la condición pública del caudal sustraído.

Partiendo del hecho incuestionable de que en supuestos similares ni los propios tribunales profesionales acostumbran a plasmar razonamientos específicos sobre el conocimiento del elemento normativo que describe la norma penal, considerándolo en no pocas ocasiones implícito en la concurrencia del elemento normativo objetivo, no parece razonable exigirle a los colegios de legos un nivel de motivación mayor. Pues bastante carga tienen ya con constatar la existencia del elemento objetivo normativo, que

han de apreciarlo con el nivel de tecnicismo que puede exigirse al conocimiento de un profano en temas jurídicos, como para imponerles a mayores una fundamentación específica y sólida del hecho psíquico del conocimiento del elemento normativo integrante del tipo penal. Todo ello sin perjuicio de lo que se expondrá sobre la competencia del Jurado para resolver sobre los elementos normativos de los tipos penales cuando analicemos el recurso del coacusado.

En el caso que se juzga el Presidente del Tribunal razonó en la sentencia que el error debía descartarse por la cualidad de los acusados y el cargo que desempeñaban en la Universidad (Decano y Directora de Departamento) y el deber especial de actuar al margen de toda duda.

El argumento de la sentencia se considera razonable y fundado, puesto que, una vez que en este recurso no se cuestiona específicamente el elemento objetivo normativo del tipo penal, esto es, la naturaleza pública de los fondos sustraídos, debe colegirse que unas personas del nivel cultural de los acusados tenían que conocer en los términos que puede exigirse a un profano en derecho la condición de caudal público de esos fondos, o cuando menos la alta probabilidad de que así fuera, dado que eran las personas que los administraban habitualmente cuando se trataba invertir los fondos de la Facultad de Medicina y del Departamento de Estomatología.

La relevancia que le otorga la parte recurrente al hecho de que fuera el Presidente del Tribunal y no el Jurado el que fundamentara con ese argumento la inexistencia del error sobre el elemento normativo del tipo penal carece de una base razonable, y desde luego no puede en modo alguno determinar la nulidad del veredicto por falta de motivación del Jurado, habida cuenta que, al margen de lo dicho *supra* sobre el tratamiento implícito que suelen darle los Tribunales profesionales a tales elementos

subjetivos cuando la conducta defraudatoria es clara, lo cierto es que el Jurado al excluir el error de los acusados ha tenido que sopesar necesariamente su nivel cultural y la responsabilidad y cualificación de sus puestos laborales, que es lo que a fin de cuentas ha ponderado el Magistrado Presidente en la sentencia.

No puede, por tanto, prosperar este submotivo de la parte recurrente.

3. En la misma dirección y con similares argumentos ha de dirimirse la impugnación relativa a la **constatación del dolo falsario**. En este caso la defensa denuncia que el dolo no solo no aparece motivado en la sentencia, sino que además ni siquiera se pronunció sobre el mismo el Jurado, ya que el elemento subjetivo del delito continuado de falsedad ni siquiera fue objeto del veredicto.

Pues bien, si con respecto al delito de malversación de caudales públicos se dijo que la propia dinámica de la conducta malversadora albergaba en cierto modo el componente subjetivo del dolo exigible del tipo penal, incluso en lo que respecta al elemento normativo del caudal público, mayores razones convergen todavía con respecto a la apreciación del dolo falsario, dado el componente funcional fraudulento atribuible en este caso al delito instrumental de falsedad.

En efecto, la conducta falsaria atribuida a los acusados en el *factum* de la sentencia recurrida ha consistido en emitir a través de las sociedades "Oralsan", "Oralforma", "Análisis Correcto" e "Instrucción y Laboratorio" cuando menos 34 facturas, por un importe total de 110.837,49 euros, simulando la realización de servicios que no prestaron y que fueron abonados con cargo a los fondos públicos de la Universidad del País Vasco.

Siendo así, es claro que el fin fraudulento con el que fueron emitidas las facturas llevaba implícito el dolo falsario sin necesidad de que se aporten especiales argumentos probatorios sobre el sustrato psíquico del conocimiento y voluntad de la conducta documental falsa. Es más, el hecho de que fueran descritos como documentos simulados y la función fraudulenta con que iban a utilizarse las facturas solo permiten concluir que los dos acusados eran conscientes de su falsedad cuando las confeccionaron.

Por consiguiente, si en casos similares enjuiciados por Tribunales ordinarios no se exige, por su constancia palmaria, la fundamentación probatoria del dolo falsario cuando los documentos se utilizan con fines fraudulentos, no parece coherente exigir su motivación probatoria específica en un caso de competencia del Tribunal del Jurado.

Por lo demás, tampoco la parte recurrente formuló protesta alguna sobre la configuración del objeto del veredicto en cuanto a los elementos subjetivos constitutivos del delito de falsedad y no interesó tampoco que el Jurado se pronunciara sobre un posible error con respecto a la conducta falsaria.

En consecuencia, este submotivo relativo a la violación del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva resulta también inviable.

**QUINTO.** En el **motivo quinto** invoca la parte recurrente, por el cauce procesal del art. 850.1º de la LECr., el quebrantamiento de forma consistente en la **denegación de las diligencias de prueba** pertinentes y necesarias, que fueron propuestas en tiempo y forma.

Todo el tema de la denegación de pruebas que la parte impugnante califica de necesarias ya fue examinado y decidido en sentido desestimatorio en el fundamento tercero de esta sentencia, en el que esta Sala confirmó los criterios aplicados por el Tribunal de instancia, sin que se haya acreditado en el escrito de recurso que las pruebas denegadas produjeran indefensión material ni que ante la eventualidad de su práctica resultara afectado el resultado del proceso.

Por lo tanto, se da ahora por reproducido lo que allí se argumentó y decidió, rechazándose así el motivo formulado.

**SEXTO. 1.** En el **motivo sexto** invoca la defensa, con sustento procesal en el art. 849.1° de la LECr., la **aplicación indebida de los arts. 390.2 y 432.1 del C. Penal.**

El primer argumento de fondo que esgrime la defensa es que no concurre el dolo de los referidos delitos de falsedad y de malversación de caudales públicos, a tenor de lo argumentado en el motivo cuarto del recurso. Sin embargo, las alegaciones de este motivo ya han sido examinadas y desvirtuadas en el fundamento cuarto de esta sentencia, por lo que, una vez constatado el dolo que de nuevo se cuestiona, es claro que esta primera impugnación queda rechazada.

Acto seguido cuestiona la parte recurrente la condena por el delito del art. 390.2 del C. Penal, argumentando que la acusada fue condenada por el delito de **falsedad documental cometida por funcionario público** cuando las facturas no fueron emitidas en tal condición, sino que se trató de facturas mercantiles que ni constituyen documentos públicos ni fueron confeccionadas por funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Sobre este segundo extremo le asiste la razón a la parte recurrente, pues tanto la sentencia del Tribunal del Jurado como la del Tribunal Superior de Justicia se muestran confusas y contradictorias en lo que respecta al delito de falsedad documental.

En lo que se refiere a la sentencia del Tribunal del Jurado, que a su vez ha sido ratificada en apelación por la del Tribunal Superior de Justicia, se aprecia que en el fundamento jurídico segundo tipifica los hechos como un delito continuado de falsedad en documento público previsto en el art. 390.2 del C. Penal, especificando que se está ante un supuesto en que se castiga a un funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, comete falsedad simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Y al explicar el elemento objetivo del delito falsario se argumenta que las facturas emitidas por los acusados a través de las cuatro sociedades ("Oralsan", "Oralforma", "Análisis Correcto" e "Instrucción y Laboratorio") faltaban a la verdad sobre los servicios que se decían prestados. Y a continuación se incide en el carácter continuado del delito debido a la pluralidad de acciones realizadas y al aprovechamiento de la misma ocasión (art. 74.1 del C. Penal).

Con posterioridad, y en el fundamento relativo a la individualización judicial de la pena (fundamento quinto), si bien el Tribunal del Jurado sigue operando con el tipo penal del art. 390, es decir, con la falsedad de funcionario público en el ejercicio de su función, ya comienza a incurrir en cierta equivocidad cuando arguye que se está ante una falsedad en "documento mercantil u oficial", aunque hace el cálculo punitivo con la pena de tres a seis años de prisión del art. 390 del C. Penal. Y la incertidumbre y confusión alcanzan su culmen en la redacción del fallo, al condenar a los acusados como autores responsables de un delito

continuado de "falsedad en documento mercantil" en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos.

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que ratifica la condena por el delito de falsedad y los argumentos nucleares de la sentencia del Tribunal del Jurado, se argumenta frente al recurso de apelación en el apartado 17.3 lo siguiente:

*“En la sentencia se aprecia que en las facturas se faltaba a la verdad sobre los servicios que se decían realizados. Y se califica esta actuación de los acusados como realizada en concurso medial característico, en el que la falsedad se ejecuta como medio para cometer la malversación de caudales públicos: las sociedades mercantiles generan facturas simuladas por servicios inexistentes que se abonan con dinero de las UGAs administradas por los acusados, pasando después el dinero de las cuentas de la sociedad a poder de éstos”.*

*“En consecuencia, como describe de un modo gráfico a la acusación pública, los acusados, con una mano preparan la factura en calidad de representantes de las sociedades mercantiles; y, con la otra mano, realizan el pago de su calidad de gestores responsables de las UGAs. Por lo que la condición de funcionarios y la actuación en el ejercicio de sus funciones públicas como responsables de las UGAs, resultaba imprescindible para la comisión del delito medial de falsificación en documento público”.*

2. Planteada y resuelta en tales términos por el Tribunal del Jurado y el Tribunal Superior de Justicia la **tipificación de la conducta falsaria de los acusados**, ha de entenderse que la contradicción que se percibe entre la fundamentación jurídica y el fallo de la sentencia del Tribunal del Jurado, que ha sido después asumida tácitamente por la sentencia del

Tribunal Superior, ha de ser solventada en el sentido de que realmente se está ante un delito continuado de falsedad en documento mercantil, tal como se especifica formalmente en el fallo de la sentencia del Tribunal del Jurado, y no ante un delito continuado de falsedad en documento oficial ejecutado por funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 390 del C. Penal).

En efecto, en la sentencia de esta Sala 1149/2009, de 26 de octubre, se afirma que para apreciar la falsedad de funcionario público prevista en el art. 390.1 del C. Penal se requiere que la cometa el funcionario "en el ejercicio de sus funciones", de modo que el *documento objeto de la falsificación sea alguno de aquellos en los que el funcionario actúa con competencia para su confección*, es decir, ejercitando realmente sus funciones, sin que baste con un aprovechamiento de la mera condición funcional del falseador para considerar integrado ese elemento del tipo. Y cita después otras sentencias de esta Sala que han sostenido el mismo criterio.

Así, la nº 720/2005, de 15 de junio, en la que se dice: "Esta Sala, en sentencias como la núm. 572/2002, de 2-4, ha indicado que el sujeto activo de este delito de falsedad documental del art. 390 ha de ser un funcionario o autoridad; pero ello no basta para poder actuar como tal en este delito especial, pues se requiere que ese funcionario, al realizar alguna de las falsedades que aparecen enumeradas a continuación, actúe en el ejercicio de sus funciones, expresión ahora más precisa que ha venido a sustituir a la de 'abusando de su oficio' contenida en el paralelo art. 302 del CP anterior. Con esto el legislador ha trasladado al texto del CP actual lo que venía siendo doctrina constante de esta Sala, que excluía la aplicación de ese art. 302 para aplicar el 303 con la agravante genérica 10ª del art. 10 CP anterior (ahora art. 392 y agravante 7ª del art. 22), cuando el delito se había cometido por el funcionario como tal funcionario, pero sin haber actuado

dentro del *estricto ámbito de competencias* que por el cargo concreto le estuvieran asignadas".

Y en la misma línea se pronuncia la STS 1/2004, de 12 de enero, en la que se insiste en que "el tipo penal contemplado en el art. 390 del Código Penal se refiere a la autoridad o funcionario público que cometiere en un documento público, oficial o mercantil, alguna de las conductas descritas en el mismo; pero siempre que ello tuviere lugar 'en el ejercicio de sus funciones'; cuestión igualmente discutible y sobre la cual hemos tenido ocasión de declarar que, para la aplicación del citado precepto, 'no es suficiente con la condición de funcionario público del sujeto activo, sino que es exigible además que este actúe... en el *área de sus funciones específicas*'; de tal modo que, aun tratándose de una autoridad o funcionario público, si su actuación falsaria no se refiere específicamente a tales funciones y únicamente se ha aprovechado de su condición de autoridad o funcionario, 'para acceder en forma irregular al documento en cuestión', el hecho deberá ser calificado con arreglo al art. 392 del mismo Código (falsedad cometida en documento oficial por particular), concurriendo la agravante del prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22. 7ª CP)".

Al centrarnos ya en el **caso concreto**, se aprecia que las facturas falsas cuya coautoría se atribuye a los acusados no han sido confeccionadas dentro del cometido estricto de la función pública que desempeñaban en la Universidad del País Vasco, sino como administradores de derecho o de hecho de las cuatro sociedades tantas veces referidas. Y es que el ámbito propio de tales facturas y el motivo de su emisión era confeccionar unos documentos societarios que aparentaran que las entidades que administraban los acusados habían prestado unos determinados servicios a la Universidad, y en concreto a los departamentos que ellos dirigían.

Por consiguiente, ni correspondía emitir esas facturas a la Universidad, sino a las sociedades que prestaban los servicios o suministros al ente público, ni era competencia de ningún funcionario público de la Universidad confeccionar o emitir esa clase de documentos mercantiles.

De otra parte, y tal como se viene a reconocer en el fallo de la sentencia del Tribunal del Jurado, no se trata de unos documentos públicos u oficiales propios del marco competencial universitario, sino de unos “documentos mercantiles” (así se denominan en el fallo) emitidos espuriamente por los acusados no en la condición de funcionarios, sino en la de administradores de hecho o de derecho de cuatro entidades mercantiles.

En la sentencia recurrida, la del Tribunal Superior de Justicia, tal como se dijo *supra*, cuando se suscitaron en apelación las cuestiones jurídicas que se acaban de tratar se respondió para rechazar la tesis de la defensa que “*los acusados, con una mano preparan la factura en calidad de representantes de las sociedades mercantiles; y, con la otra mano, realizan el pago de su calidad de gestores responsables de las UGAs. Por lo que la condición de funcionarios y la actuación en el ejercicio de sus funciones públicas como responsables de las UGAs, resultaba imprescindible para la comisión del delito medial de falsificación en documento público*”.

El argumento de la acusación particular, tal como señala el Tribunal de instancia, es muy gráfico; sin embargo, no tiene en cuenta que “las manos que preparan las facturas” están actuando en la condición de administradores de unas sociedades mercantiles y confeccionando documentos mercantiles, por lo que no puede considerarse tales conductas como las propias de funcionarios en el ejercicio de su específica función.

Por lo que, aun siendo cierto que esas falsificaciones resultaban imprescindibles para ejecutar la conducta malversadora, ello no significa que la instrumentación de las facturas convierta a estos documentos mercantiles en documentos oficiales o públicos. Máxime cuando en ningún momento de las sentencias del Tribunal del Jurado ni del Tribunal Superior se hace referencia alguna a los documentos oficiales o públicos por destino o incorporación, doctrina que por lo demás, como es sabido, ha devenido inaplicable en la práctica, excepto en supuestos excepcionales. Y desde luego tampoco la acción de confeccionar unas facturas falsas correspondientes a unas sociedades mercantiles puede ser calificada como la acción propia de un funcionario público en el ejercicio específico de sus funciones.

Visto lo que antecede, le asiste la razón a la parte recurrente cuando cuestiona la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal del Jurado, puesto que este sostiene la condena de los dos acusados por falsedad documental con los argumentos jurídicos y la pena propios del delito falsario de funcionario previsto en el art. 390 del C. Penal, cuando lo correcto era operar con el delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto en los arts. 392 y 74 del C. Penal, que a su vez han de ponerse en relación con el art. 390.1.2º del mismo texto legal.

Ello determina, al haber sido ratificado el criterio del Tribunal del Jurado por el Tribunal Superior de Justicia, la estimación parcial del presente motivo.

**SÉPTIMO. 1.** En el **motivo séptimo** alega la recurrente, con cita procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a un **proceso sin dilaciones indebidas**, en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales y con el derecho fundamental a la legalidad penal (art. 24 y 25 CE).

En la sentencia recurrida, el Tribunal Superior de Justicia argumenta para ratificar la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas que el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado se atuvo a lo prescrito en el art. 70.1 de la LOTJ, cumplimentado lo que decidió el Jurado en el veredicto al desestimar por cinco votos frente a cuatro la proposición asertiva relacionada con la atenuante de dilaciones indebidas.

Y en la sentencia del Tribunal del Jurado se señala al respecto que el Jurado consideró no acreditada la referida atenuante, justificándolo con el argumento de que “es difícil extraer dicha circunstancia de actuaciones que no constan en los testimonios enviados al Tribunal”. Y añade a continuación que “no obstante, el tiempo transcurrido será tenido en cuenta a los efectos de la imposición de la pena, tal como se razonará”.

La proposición formulada al Jurado como objeto del veredicto para la posible aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas tenía el siguiente contenido:

*“En la tramitación de la causa se ha incurrido en numerosos periodos de inactividad, no imputables a la actuación de la defensa del acusado, que comportan un total de siete años y siete meses. Tales periodos son los siguientes:*

- Del 4-9-2000 al 15-3-2001 (más de 6 meses)*
- Del 14-3-2002 al 19-12-2002 (más de 9 meses)*
- Del 11-7-2003 al 9-5-2006 (2 años y 10 meses)*
- Del 1-9-2006 al 9-10-2007 (1 año y 1 mes)*
- Del 21-2-2008 al 12-12-2008 (9 meses y 3 semanas)*
- Del 27-7-2009 al 21-1-2010 (6 meses)*
- Del 12-4-2010 al 3-5-2011 (1 año y 1 mes)”.*

2. La **“dilación indebida”** es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* —derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable—, y *reaccional* —traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas—. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de estos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España; SSTC 237/2001, 177/2004, 153/2005 y 38/2008; y SSTS 1733/2003, de 27-12; 858/2004, de 1-7; 1293/2005, de 9-11; 535/2006, de 3-5; 705/2006, de 28-6; 892/2008, de 26-12; 40/2009, de 28-1; 202/2009, de 3-3; 271/2010, de 30-3; 470/2010, de 20-5; y 484/2012, de 12-6, entre otras).

También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2. En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2; 269/2010, de 30-3; 338/2010, de 16-4; 877/2011, de 21-7; y 207/2012, de 12-3).

La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde

por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo comporte una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues esta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no comporta, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10; 330/2012, de 14-5; y 484/2012, de 12-6).

Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007; 912/2010; y 1264/2011, entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España).

Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia; y SSTS 106/2009, de 4-2; 326/2012, de 26-4; 440/2012, de 25-5; y 70/2013, de 21-1).

Actualmente, la reforma del C. Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6ª las dilaciones indebidas en los siguientes términos: "*La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa*".

Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la

jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante.

3. Al trasladar al **caso enjuiciado** los criterios jurisprudenciales que se acaban de reseñar, surge, como interrogante previa al análisis de fondo de la pretensión atenuadora de la pena, una primera cuestión relacionada con la negativa del Jurado a la proposición que se le formuló sobre los plazos durante los que estuvo paralizado el procedimiento, pues el Jurado rechazó por cinco votos contra cuatro la proposición favorable que integraba el presupuesto de la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Según la sentencia del Magistrado-Presidente ese rechazo resultó lógico al no disponer el Jurado de los testimonios de la causa acreditativos de esos plazos de paralización del proceso. Sin embargo, y a pesar de que no se disponía de esa documentación, lo cierto es que hubo cuatro jueces legos que votaron a favor de la proposición objeto del veredicto, desconociéndose las razones de la votación mayoritaria debido a que no consta motivación al respecto en el acta del veredicto. Ha de entenderse, pues, que la motivación es la que expone el Magistrado-Presidente cuando se refiere a la falta de documentación como explicación de la decisión del

colegio de legos, motivación que fue asumida en la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Justicia.

Ahora bien, es importante resaltar que el Magistrado-Presidente añadió otro razonamiento en su sentencia que adquiere suma relevancia en el caso concreto. Nos referimos a cuando afirma que “no obstante, el tiempo transcurrido será tenido en cuenta a los efectos de la imposición de la pena, tal como se razonará”. Y en el momento de fundamentar la individualización judicial de la pena, en el fundamento quinto de la sentencia, argumenta que procede imponer la pena mínima “*porque aunque no se ha acreditado la base de hecho por (sic) las dilaciones indebidas, ciertamente se han producidos (sic) periodos de inactividad injustificados, y la distancia temporal con respecto a los hechos es sumamente elevada*”.

Por consiguiente, la sentencia del Tribunal del Jurado recoge no en el “factum” pero sí en la fundamentación jurídica dos datos relevantes: que sí hubo periodos de inactividad injustificados y que es sumamente elevada la distancia temporal entre el juicio oral y la ejecución de los hechos.

Este último sí es un dato objetivo incuestionable que obra en las diligencias de que dispuso el Jurado, pues en el “factum” sí consta la fecha en que fueron perpetrados los hechos: en el periodo 1995-1999. Y también figura en la causa cuándo se incoaron las diligencias previas: el 17 de octubre de 2000. Por último tampoco se suscitan dudas sobre el hecho de que la vista oral del juicio se celebró en el año 2012, dictándose la sentencia del Tribunal del Jurado el 19 de octubre de ese año.

Llegados a este punto del debate, deben extraerse inferencialmente dos conclusiones: la primera, que el propio Magistrado-Presidente aportó datos fácticos relevantes para la individualización de la pena relativos a la duración del proceso, datos que debieron operar ya en la ponderación de la

atenuante de dilaciones indebidas, puesto que se trata de hechos procesales incuestionables. Nos referimos a la dilación de la tramitación del proceso durante 12 años desde su inicio hasta que se dictó la sentencia.

Como se expuso en su momento y se analizará también posteriormente, la duración total del proceso es un dato relevante para la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas cuando se trata de un plazo patentemente irrazonable. De ahí que se operara con él en la fundamentación de la sentencia del Tribunal del Jurado, resultando claramente contradictorio que no se sopesara en cambio con motivo de la aplicación de la atenuante, por lo que ha de hablarse de cierta incoherencia interna de la sentencia del Tribunal del Jurado, que no fue después solventada por la dictada en apelación, que es la que ahora se recurre.

La segunda conclusión que se infiere de todos los hechos y argumentos que se han venido exponiendo es que todo lo relativo al tema de la atenuante de dilaciones indebidas evidencia ciertas irregularidades procesales que debieron ser evitadas por el Magistrado-Presidente, tanto a la hora de confeccionar el objeto del veredicto como en el momento de explicarlo al Tribunal. Las irregularidades, según se expondrá a continuación, obedecen a la indebida distribución de las cuestiones fácticas y jurídicas en la formulación y explicación del objeto del veredicto, y también a la inaplicación del art. 52.1.g de la LOTJ.

4. Esta Sala recuerda y subraya en la sentencia 323/2013, de 23-4, con cita de otros precedentes jurisprudenciales anteriores (SSTS 721/1999, de 6-5; 439/2000, de 26-7; 1618/2000, de 19-10; 1276/2004, de 11-11; y 1145/2006, de 23-11) que **la función del Jurado** consiste muy específicamente en pronunciarse sobre hechos, incluso los de carácter subjetivo, concretamente sobre si deben considerarse o no probados y si el acusado participó y en qué forma en ellos. El veredicto de culpabilidad se

limita a declarar al acusado culpable "por su participación en los hechos" que se han declarado previamente probados, sin que pueda añadir nada a la calificación o valoración de los mismos que no esté en el previo relato fáctico. Este ya debe contener todos los elementos necesarios para que el Magistrado-Presidente pueda subsumirlos jurídicamente en la calificación correcta, incluidos, en su caso, los elementos subjetivos del tipo así como todos los datos objetivos que hayan permitido inducir dichos elementos subjetivos. Ello no supone, sin embargo, encomendar a los Jurados legos pronunciamientos sobre cuestiones jurídicas que corresponden al Magistrado-Presidente, técnicamente preparado para resolverlas. El objeto del veredicto no debe incluir ninguna proposición que contenga una calificación jurídica.

Y precisan también las referidas sentencias que el reparto de funciones en el juicio con Jurado resulta bastante sencillo: los jurados se pronuncian sobre los hechos enjuiciados y declaran si el acusado ha participado o no en su comisión y, en consecuencia, si debe ser considerado culpable o no en función de su participación en los mismos y de la concurrencia o no de los hechos determinantes de alguna causa excluyente de la culpabilidad, constituyendo este pronunciamiento el veredicto del Jurado. Seguidamente el Magistrado-Presidente, como jurista técnico que debe respetar y hacer respetar el principio de legalidad, subsume en la norma jurídica procedente los referidos hechos, que deben ser suficientemente detallados para contener todos los elementos del tipo así como los integradores de cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad aplicable, realizando el juicio de derecho o calificación jurídica e imponiendo la pena legalmente procedente. La diferenciación en las funciones del Jurado y del Presidente del Tribunal del Jurado deslinda en la sentencia la función fáctica que corresponde al Jurado en cuanto declara el hecho probado y la función técnica de subsunción que realiza el Presidente del Tribunal de Jurado. Por lo tanto, el objeto del veredicto no

debe contener calificaciones jurídicas y el Jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto, no puede afirmarse que el Magistrado-Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del Jurado.

Partiendo de las premisas que se acaban de transcribir, resulta claro que el Jurado solo debe resolver sobre la base fáctica de la atenuante de dilaciones indebidas. Ello significa, de una parte, que las proposiciones que han de formularsele deben referirse a los periodos de paralización del proceso y al tiempo total invertido en la tramitación de la causa o a algunas fases concretas del proceso. Y, de otra parte, que no cabe plantear a los jueces legos proposiciones que tengan un claro sentido jurídico-normativo.

En el presente caso, resultando de suma relevancia el plazo total de duración del proceso, que se había extendido por un periodo de nada menos que 12 años, debió incluirse de oficio en el objeto del veredicto la proposición sobre ese hecho dentro del apartado correspondiente a la circunstancia modificativa de la responsabilidad (art. 52.1.g de la LOTJ), puesto que el Magistrado-Presidente sabía que se trataba de un hecho relevante para el objeto del veredicto, según consta en los propios razonamientos de la sentencia relativos a la individualización de la pena.

Es más, una vez incluido de oficio en el objeto del veredicto el hecho favorable de la duración total del proceso, en las instrucciones posteriores al Jurado con motivo de la explicación que impone el art. 54 de la LOTJ, al tratarse aquel de un dato empíricamente incuestionable, en cuanto que ninguna de las partes podía poner en duda el tiempo concreto de duración del proceso, debió instruirle el Presidente al Jurado acerca de que ese hecho resultaba incuestionable, pues siempre debe facilitarse la labor de los jueces legos poniéndoles en su conocimiento, previa

información a las partes, aquellos hechos que constan en la causa con una evidencia palmaria y que nadie puede discutir.

En lugar de ello, en la explicación del objeto del veredicto, según figura en el acta extendida al efecto, se informó al Jurado que tenía que valorar si el proceso había durado más de lo razonable y proporcionado por causas ajenas a los acusados, y que atendieran para ello a la complejidad de la causa.

Tales cuestiones tienen, sin embargo, un claro carácter jurídico y no fáctico. En efecto, todo lo relativo al concepto de dilación indebida y al plazo razonable de un proceso precisa operar con una serie de conocimientos jurídicos que no los tiene un juez lego. Este no conoce cuál es la complejidad de cada proceso, ni cuál es el plazo medio que suele durar un procedimiento por una clase de delitos concretos, ni cuándo la dilación se debe al órgano judicial o a cada una de las partes, ni cuándo un procedimiento está realmente paralizado o se halla simplemente pendiente de un trámite, ni cuándo el plazo de un proceso puede considerarse palmariamente irrazonable, ni si una dilación es ordinaria o extraordinaria. Todos estos elementos tienen unas indiscutibles connotaciones jurídicas cuyo conocimiento requiere de una importante experiencia en el mundo del derecho.

Por consiguiente, tales cuestiones no deben ser sometidas a la ponderación del Jurado, ni procede que se le imparta en el curso de la explicación del objeto del veredicto una lección docente sobre cuándo una dilación es indebida o un plazo irrazonable. Y no solo porque estaría fuera de lugar y sería imposible que en diez minutos los miembros del Jurado adquirieran los conocimientos imprescindibles sobre la materia, sino porque se trata de aspectos claramente jurídicos de la atenuante de dilaciones indebidas que corresponde conocer y dirimir únicamente al

Presidente del Tribunal del Jurado. El Magistrado-Presidente debe limitarse a someter a la decisión del Jurado los aspectos simplemente fácticos de las dilaciones y plazos, para lo cual tiene que operar con los criterios jurídicos de la dilación indebida que permitan filtrar o seleccionar los hechos relevantes de la atenuante, de modo que en el caso de que el Jurado declare ciertas las proposiciones asertivas, estas resulten subsumibles en el art. 21.6ª del C. Penal.

5. Situados en la presente tesitura, y asumiendo que se debió plantear al Jurado una proposición relativa a la certeza del tiempo total invertido en el procedimiento y que, en cambio, no debió informárseles sobre la aplicación de criterios jurídicos que los jueces legos no tenían que conocer ni operar tampoco con ellos, al mismo tiempo que debió exigírseles que motivaran la razón por la que respondían negativamente a la proposición que se les planteó sobre los plazos de paralización, nos resta ahora por dirimir las consecuencias que se derivan de la incongruencia que concurre entre lo argumentado por el Magistrado-Presidente en la fundamentación de la individualización de la pena y lo que decidió en su momento el Jurado.

A tal efecto, hemos de partir del dato incontestable de que el proceso duró prácticamente 12 años, factor con el que también viene a operar el Magistrado-Presidente en su sentencia. Y sentado lo anterior, también debe admitirse que vulneraría de pleno el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable» (artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE) si se anulara ahora el proceso celebrado ante el Tribunal del Jurado para que se tramitara otro en el que se le formulara a los jueces legos la proposición relativa a si el proceso se inició en el año 2000 y se celebró la

vista oral en el año 2012, puesto que se trata de una proposición que tiene una respuesta obvia.

Por consiguiente, ha de ser esta Sala la que dirima si ese plazo de duración incuestionable ha de determinar jurídicamente la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas, y no limitarse a operar con él en la individualización judicial de la pena.

Pues bien, esta Sala tiene establecido en resoluciones precedentes que la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse unas veces en la condición de simple y otras en la de especialmente cualificada, atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del art. 21.6ª del C. Penal. Y así se consideraron plazos irrazonables: nueve años de duración del proceso penal (SSTS 655/2003, de 8 de mayo; y 506/2002, de 21 de marzo); ocho años (STS 291/2003, de 3 de marzo); 7 años (SSTS 91/2010, de 15-2; 235/2010, de 1-2; 338/2010, de 16-4; y 590/2010, de 2-6); 5 años y medio (STS 551/2008, de 29 de septiembre); y 5 años (SSTS 271/2010, de 30-3; y 470/2010, de 20-5).

De otra parte, en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez

años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); y 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

A tenor de tales precedentes jurisprudenciales, no parece cuestionable que un plazo de duración del proceso de 12 años debe considerarse sumamente irrazonable, sin necesidad de entrar para ello a referir los periodos concretos de paralización a los que de forma genérica e indeterminada hace referencia la sentencia del Tribunal del Jurado en el fundamento relativo a la individualización de la pena. El transcurso de 12 años de tramitación ha de ser considerado de por sí —atendiendo a la complejidad de la causa, los márgenes de duración normal de procesos similares, y el comportamiento de las partes y el del órgano judicial actuante— como una dilación indebida desde cualquier perspectiva que se contemple el concepto de plazo razonable.

En efecto, a pesar de que el proceso presentaba una notable complejidad, dado que había que investigar cuál fue el patrimonio público que habían ido sustrayendo los dos acusados durante un tiempo de cinco años, ello en modo alguno justifica un plazo de tramitación de doce años de duración. Ha de entenderse que, en un supuesto que presenta las características del presente, en el que el proceso se dirige contra dos acusados y que la complejidad de la prueba se centra en la documental y la pericial, todo lo que excediera de cinco años de tramitación ya comenzaba a introducirse en los márgenes de lo que debe ser conceptuado como plazo irrazonable. Y desde luego el llegar a alcanzar los 12 años solo permite hablar de plazo palmaria y manifiestamente irrazonable.

Según ya se advirtió anteriormente, el Tribunal Constitucional ha venido entendiendo que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una

pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Pues bien, en un caso como el presente en que el plazo estrictamente irrazonable ha alcanzado una extensión de unos siete años, ya que se ha doblado con holgura el plazo razonable de los cinco años de duración del proceso alcanzando un total de unos 12 años, es claro que ha de operarse con la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Por lo cual, ya sea aplicando directamente la atenuante del art. 21.6<sup>a</sup> del C. Penal, o ya por la vía analógica al poner en relación el referido precepto con el art. 21.7<sup>a</sup> del C. Penal y el art. 6 del Convenio Europeo, lo cierto es que sí se dan en el presente caso los presupuestos de una atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada por incumplimiento del plazo razonable de tramitación de un proceso como el que ahora se dilucida y en los términos exacerbados que se han ido exponiendo. Sin que sea preciso, obviamente, concretar además del plazo irrazonable cuáles fueron los periodos correspondientes a las paralizaciones indebidas del proceso, ya que el propio plazo irrazonable, por su extraordinaria extensión, ya integra de por sí una dilación indebida de suma gravedad para los derechos fundamentales de los acusados.

Debe por tanto apreciarse la referida atenuante en el grado de muy cualificada, lo que supondrá que en la segunda sentencia se reduzcan en un grado las penas impuestas a los acusados, cuantificándolas en los términos que se dirán en su momento.

Se estima, pues, este motivo de impugnación de la parte recurrente.

**B) Recurso de Francisco Javier Goiriena de Gandarias**

**OCTAVO. 1.** En el **motivo primero** invoca, al amparo de lo dispuesto en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), debido a que la documentación traída al proceso fue incautada y seleccionada a su voluntad por la acusación particular de la forma que consideró conveniente sin posibilidad de control por la defensa, mientras que a esta —dice la parte recurrente— se le impidió traer al proceso la que pretendía utilizar en su defensa.

Como puede apreciarse, más que una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia lo que realmente alega la parte recurrente es una **infracción del derecho fundamental a la prueba** y a la igualdad de las partes en el ámbito de su admisión y práctica, así como a un proceso con todas las garantías (cadena de custodia).

La defensa se queja de que la documentación aportada al proceso por la acusación particular —Universidad del País Vasco (UPV)— fue seleccionada por la propia parte sin intervención del acusado, permaneciendo a disposición de la acusación sin control del recurrente ni tampoco del Juzgado, por lo que no se habrían respetado las garantías de los acusados en cuanto a la veracidad e integridad de la documentación incautada y después aportada a la causa. En virtud de lo cual, estima que nunca debió ser valorada por el Jurado esa prueba, o en caso de evaluarla tenía que haberlo hecho con un sentido mucho más crítico.

De otra parte, impugna la denegación de pruebas en que incurrió el auto de hechos justiciables, denegación que se refería mayoritariamente a numerosas certificaciones que tendría que extender la UPV relativa a materias y temas relacionados con el juicio. La prueba, fundamentalmente documental, fue rechazada por tratarse de documentos que debieron ser

aportados o solicitados durante la fase de instrucción. Y también hizo especial referencia la defensa a la pericia a practicar por Leopoldo Doadrio y Rafael Ruiz Berrio, de quienes se requería que emitiesen un dictamen sobre el llamado "Informe de Auditoría Interna" evacuado por los peritos Del Rey Tosantos y Francisco Javier Angulo adscritos a la UPV.

2. Las cuestiones que se suscitan en el motivo primero fueron ya examinadas y resueltas en sentido negativo en la sentencia de apelación dictada por el **Tribunal Superior de Justicia**, respondiendo de forma unitaria a los recursos de los dos acusados en lo que respecta a la forma de aportar la prueba documental y a la selección previa que hizo de la misma la acusación particular.

En el recurso de apelación, según señala la sentencia recurrida, se quejó el recurrente de que en la obtención de la documentación no interviniera ninguno de los acusados, ni ningún órgano judicial ni fedatario público. Afirmó que las actas elevadas eran imprecisas y en ellas no constaba recogido de modo fehaciente el contenido de las carpetas obtenidas ni de los discos duros objeto de la actuación. Alegó, asimismo, que la documentación objeto de la actuación permaneció en poder de la UPV desde el 30 de marzo de 2000 hasta el 22 de diciembre de 2003 sin que fuera objeto de control por el Juez Instructor ni por el Secretario Judicial. E incidió también en que dicha documentación constituía la base de la acusación en el proceso penal y que resultaba imposible saber si los documentos objeto de la actuación rectoral "son todos los que están y si están todos los que son".

Igualmente, como sucede ahora en casación, adujo la vulneración de la cadena de custodia, aludiendo a los criterios que sostiene la jurisprudencia de esta Sala, y subrayó que al encontrarse la referida documentación a disposición de la UPV y sin control judicial, a la parte no

le resultó posible probar el destino que se dio a los fondos sobre cuyo uso se fundamentó la acusación por el delito de malversación. Por lo que interesa la nulidad del proceso de instancia.

El Tribunal de apelación desestimó la impugnación de la defensa aplicando los mismos criterios recogidos en el auto dictado por el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado con fecha de 7 de febrero de 2012. Recordó la aplicación que hace esta Sala del Tribunal Supremo de los arts. 326, 569, 584 y 586 de la LECr. para las inspecciones oculares y la recogida y conservación de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito perseguido por el Juez Instructor, y para la práctica de las diligencias de entrada y registro y la detención y apertura de correspondencia escrita y telegráfica. Y estimó que las garantías procesales que se contemplaban en esas normas no eran aplicables en el presente caso, ya que aquí se trató de una actuación acordada por la resolución del Rector de la UPV de 30 de marzo de 2.000, actuación que se documenta en el acta de la misma fecha, suscrita por el Gerente de la UPV, el Vicerrector y el Vicegerente de Campus de Bizkaia que obra unida a los folios 1146 a 1152 de las actuaciones.

Se incidió en que la actuación referida se ofrece como un acto de instrucción de un procedimiento administrativo incoado por el Rector en ejercicio de la potestad de gestión de los bienes y servicios prestados por la UPV, que tiene la naturaleza jurídica de una Entidad de Derecho Público, que fue creada por Decreto-Ley 5/1968, de 6 de junio, y goza de personalidad y capacidad jurídicas y de patrimonio propio.

Se explicó cuál era la normativa administrativa universitaria aplicable al caso (Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma universitaria, así como por los Estatutos aprobados por el Decreto del Gobierno Vasco 70/1985, de 18 de marzo; BOPV de 21.3.1985), y se

advirtió que la misma confería a la entidad de Derecho público las potestades administrativas necesarias para la gestión de sus presupuestos, la administración de sus bienes, la auto-organización de la investigación y la docencia; y, por último, reconoció al Rector las atribuciones necesarias para el ejercicio de las competencias de fiscalización organizativa y de la superior dirección del profesorado y del personal al servicio de la Universidad.

Tal argumentación del Tribunal Superior ha de tenerse por reproducida en este caso, al no aportarse argumentos consistentes que la desdigan o desvirtúen. Y lo mismo debe afirmarse sobre los razonamientos relativos a la actuación de identificación y copia documental e informática recogidos en la sentencia ahora recurrida, dado que esta Sala comparte el criterio de que no resultaban de aplicación en esa recogida de documentación por las autoridades universitarias de la UPV de las garantías constitucionales a que se refiere la parte recurrente, al tratarse de la realización de una conducta previa de parte consistente en acopiar los documentos que tenía a su disposición para presentarlos ante el Juez instructor con el fin de que constaran en la investigación judicial que se iba a practicar, sin que pueda afirmarse, como hace ahora la parte recurrente, que la recogida de información referida a documentos y bienes de la titularidad de la propia UPV constituya una incautación de bienes que puedan considerarse como efectos judiciales en el orden penal ya que no se cumple, tal como se dice en la sentencia recurrida, con el requisito legal de su obtención en el curso de un procedimiento penal (artículo 367 bis LECr.), dada la forma, el momento y los sujetos que seleccionaron la documentación.

Y en lo que respecta a la garantía del derecho de defensa y a la igualdad de las partes que se denuncian como infringidas por la forma en que fueron seleccionados los documentos y su conservación y custodia

posterior (cadena de custodia), conviene advertir, tal como ya lo hace la sentencia recurrida, que la garantía de custodia limita su proyección a los bienes puestos a disposición judicial, embargados, incautados o aprehendidos en el curso del procedimiento, bienes que, en el orden penal, reciben la consideración de "efectos judiciales" (367 bis LECr.). Y este estatus de carácter judicial, tal como se precisa en la sentencia impugnada, no se dio en el caso concreto.

3. En lo que atañe a la **denegación de diligencias de prueba** por parte del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado, debemos, en primer lugar, dar por reproducido lo que se ha argumentado en el fundamento de derecho primero de esta sentencia con respecto al recurso de la coacusada, toda vez que muchas de las cuestiones allí suscitadas coinciden con las impugnaciones del actual recurrente.

Y en los puntos concretos que se refieren exclusivamente al acusado, la Sala del Tribunal Superior de Justicia ya especificó al resolver la apelación, en el fundamento vigésimo primero de su sentencia, las razones por las que no se había infringido el derecho de defensa ni el derecho a la prueba con motivo del rechazo de algunas de las propuestas del recurrente.

Y así, respecto a la prueba pericial propuesta sobre el denominado "Informe de Auditoría Interna" evacuado por los peritos Manuel del Rey Tosantos y Francisco Javier Angulo adscritos a la Universidad del País Vasco, al margen de lo reseñado en el fundamento primero de esta sentencia sobre la extemporaneidad de las pruebas periciales en el procedimiento abreviado, tampoco se trataba de una prueba pertinente al tener como objetivo la práctica de una contrapericia sobre un informe pericial que se había aportado a la causa el 25 de abril de 2003, esto es, cinco años antes del escrito de calificación provisional de la defensa,

tiempo claramente suficiente para que la parte recurrente hubiera aportado una prueba pericial autónoma en orden a cuestionar la de la acusación particular.

Señala el Tribunal Superior de Justicia que lo que pretende realmente la defensa es obtener respuestas de los peritos a determinadas preguntas y objeciones referidas al anterior informe pericial. Siendo así, nada impedía que estas cuestiones se les plantearan en la vista del juicio a los peritos que emitieron el primer informe.

Por último, también fue examinado por la sentencia de apelación la denegación de la prueba calificada como "más documental" y reseñada como 5.1, 5.2 y 5.3, desestimándose el recurso relativo a esa prueba documental en el fundamento 21.7 de la resolución del Tribunal de apelación.

La Sala de instancia denegó la necesidad de la prueba documental consistente en quince documentos que se citan específicamente en la sentencia recurrida, en concreto: la autorización mediante firma de órdenes de pago por parte del profesor Francisco Javier Goiriena, desde 1995; ingresos generados por las retenciones o cuotas de la UGA 62133 de los convenios; cuenta a la que se transfirieron o depositaron las citadas cantidades; relación individualizada de dichas cantidades para cada uno de los años 1995 a 2000; destino dado, durante los años 1998 y 1999, al dinero proveniente del convenio con el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz; cuantificación de los ingresos por cuotas o retenciones percibidos por la UPV por la impartición de ocho cursos de postgrado; cantidades remanentes en las diversas UGAs a la fecha de 7 de marzo de 2000, así como a la finalización de la docencia de la última edición de los cursos de postgrado; superación por los acusados del número de horas autorizado en los cursos de formación continuada, master y especialista; relación de

profesores de plantilla cuyos ingresos se realizaron en la UGA 62133; conocimiento sobre el apartado de la nómina "Cursos/proyectos" que incluye el dinero ingresado por la docencia y dirección de cursos de postgrado y de los ingresos por Convenio; el conocimiento sobre si el acusado durante los años 1990 a 1996 llevó a cabo labores de dirección administrativa o clínica en la llamada "Clínica Estomatológica"; y el conocimiento sobre las cantidades abonadas al acusado a través de nómina, de forma individualizada para cada año desde 1990 hasta 1996, por las labores de dirección administrativa o clínica en la "Clínica Estomatológica".

En la sentencia impugnada se argumenta para rechazar la queja del recurrente que el acusado no señaló en su recurso de apelación la relación entre los medios de prueba propuestos y los extremos fácticos recogidos en los hechos justiciables.

Y lo mismo se responde con respecto a la solicitud de que se aporte por la Secretaría de la Asociación "Garbi eta Zuri", ejerciente de la acción popular, de determinada documentación referida a la constitución de la asociación, a su inscripción registral y a la adaptación de sus estatutos a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, así como al conocimiento sobre los procedimientos, en cualquier clase de jurisdicción, que se hayan promovido por la asociación ejercitando acción, querrela o denuncia de hechos relacionados con el objeto social desde la fecha de su constitución.

El Tribunal de apelación considera que la parte no justificó la necesidad de esa prueba en relación con la impugnación de la sentencia del Tribunal del Jurado, y desde luego es patente que la defensa no justificó la relevancia de estos datos vinculados de forma específica a circunstancias singulares de la acusación popular y a su posible intervención en otros procesos.

Y la misma respuesta se le da a la solicitud de incorporación a los autos de las copias de las nóminas recibidas por el acusado durante los años 1997, 1998 y 1999.

Tampoco en esta instancia de casación se aprecia, en contra de lo que afirma la parte recurrente, que la prueba denegada por el Tribunal del Jurado y la ratificación de la denegación en la fase de apelación haya menoscabado de modo real y efectivo el derecho de defensa.

El Tribunal Constitucional tiene establecida una consolidada y reiterada doctrina en la que, entre otras cosas, afirma que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. El recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; solo en tal caso (comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado) podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo pide amparo (SSTC 165/2004; 77/2007; 208/2007; 121/2009; 89/2010; 2/2011; y 14/2011, entre otras).

Pues bien, en el supuesto enjuiciado es claro que no se ha acreditado que la práctica de las pruebas omitidas habría tenido un efecto

relevante en la determinación del fallo de la sentencia y un resultado decisorio favorable para los intereses del acusado.

Así pues, el motivo no puede acogerse.

**NOVENO.** En el **motivo segundo**, con cita procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, se denuncia la vulneración del art. 24.2 de la Constitución por haber sido condenado el acusado sin que se desvirtuara su **presunción de inocencia**. Estima la defensa que no concurre una valoración probatoria acreditativa de su participación en los hechos, tildando la que figura en la sentencia de arbitraria o manifiestamente errónea.

Se argumenta al respecto que la motivación obrante en el acta del veredicto hace referencia a conceptos jurídicos. En concreto, todo lo relativo a la condición de caudal público del dinero sustraído, a su sustracción con ánimo de lucro y a las normas de contratación e incumplimiento de la normativa sobre incompatibilidades. En cambio —se dice en el recurso— no se ponderan los diferentes elementos exonerantes esgrimidos por la defensa, omitiéndose el análisis de la prueba de descargo y de los elementos de convicción que adujo la defensa del acusado, y dejando así sin examinar otras alternativas fácticas razonables y favorables a la tesis de la defensa que pudieran explicar los indicios incriminatorios que figuran en la causa.

Frente a las quejas que formula la parte recurrente encauzadas a enfatizar la precariedad de la motivación de la sentencia recurrida, debe hacerse constar, en primer lugar, que en el recurso de casación no se especifican esos elementos de convicción relevantes para la exoneración de la responsabilidad penal que dejó de ponderar el Jurado, ni tampoco se

concretan las hipótesis alternativas favorables a la defensa que habrían sido obviadas por el Jurado a pesar de su razonabilidad y plausibilidad.

Y en lo que afecta a las referencias de la motivación del veredicto del Jurado a algunos conceptos normativos que figuran en el tipo penal, se observa que estaban incluidos en las proposiciones formuladas al Jurado, sin que conste a esta Sala que la parte impugnante haya cuestionado en su momento su inclusión y haya efectuado protesta formal por someter esos extremos normativos al juicio del Jurado.

Por último, se hace preciso traer a colación que esta Sala ha dictado numerosas sentencias en relación con la motivación de los veredictos de los jurados en las que se han venido plasmando cuáles son los baremos exigibles a los jueces legos. Y así, se tiene dicho que tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos que integran el Jurado de hechos y de culpabilidad el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado, y por ello la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado solo requiere (art. 61. d) «una sucinta explicación de las razones...» que han tomado en consideración los ciudadanos jurados como elementos de convicción para declarar probados los hechos y la participación en ellos del acusado, razones que deberán ser complementadas, cuando sea necesario y de forma congruente con lo expresado por el Jurado, por el Magistrado-Presidente en tanto en cuanto pertenece al Tribunal y ha contemplado atentamente el desarrollo del juicio, motivando la sentencia de conformidad con el art. 70.2 de la LOTJ (SSTS 960/2000, de 29-5; 1240/2000, de 11-9; 591/2001, de 9-4; y 300/2012, de 3-5, entre otras).

La motivación es contextual. Se parte de un marco constituido por la prueba desplegada y el debate realizado en el que hay cosas indiscutibles o no controvertidas, otras que pueden suponerse, puntos claros y otros

menos.... El Jurado no ha de citar todas las pruebas practicadas y valoradas, ni se le exige que interrelacione íntegramente unas con otras tejiendo una red completa y tupida. En una motivación contextual hay sobrentendidos, evidencias, obviedades... de cuya mención puede prescindirse. La motivación ha de focalizarse en lo controvertido, en lo nuclear (STS 72/2014, de 29-1).

Con base en lo razonado, el motivo debe rechazarse.

**DÉCIMO.** En el motivo tercero, por la vía del art. 851.3º de la LECr., se alega el quebrantamiento de forma consistente en no haber resuelto el Tribunal Superior de Justicia todos los puntos objeto del recurso de apelación. En concreto, se alega que quedó sin resolver el motivo sexto del recurso de apelación que formuló la defensa ante el Tribunal de instancia.

El motivo sexto del recurso de apelación del acusado se centró en impugnar la denegación de la diligencia de prueba consistente en que se requiriera a la UPV que, previa realización de las comprobaciones pertinentes, certificara si el ahora recurrente había intervenido en el pago a la abogada Victoria Rodríguez Vidarte, ya que tanto la coacusada como la letrada que recibió el dinero sostenían que la orden de transferencia contra la cuenta de la UGA la había dado aquella y no el acusado.

Lo primero que procede argumentar al respecto, desde una perspectiva estrictamente procesal, es que esta Sala ha recordado en diferentes ocasiones la incidencia que en la reivindicación casacional del defecto de quebrantamiento de forma previsto en el art. 851.3º de la LECr. puede llegar a alcanzar la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, que ha ensanchado la funcionalidad histórica asociada al

recurso de aclaración de sentencia (SSTS 933/2010, de 27-10; 1094/2010, de 10-12; y 545/2012, de 22-6, entre otras).

En efecto, el apartado 5 del art. 267 de la LOPJ dispone que "... si se tratase de sentencias o autos que hubieren omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla".

Por lo cual, parece claro que la parte debió acudir al referido trámite del art. 267 de a LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia.

Y en lo que respecta al fondo de la cuestión suscitada, la defensa reitera la petición de la práctica de la referida prueba documental (certificación de la UPV) con el fin de constatar que no puede ser condenado el acusado como coautor del primer episodio fáctico malversador, al no ser él quien dio la orden de transferencia del dinero para que fueran abonados los honorarios a la letrada Victoria Rodríguez Vidarte.

Sin embargo, la prueba omitida carece en este caso de relevancia para el resultado del proceso, una vez que se examinan los hechos declarados probados y la convicción del Jurado para fundamentarlos. Y ello porque en la sentencia se declara como probado lo siguiente:

*“Francisco Javier Goiriena de Gandarias y Montserrat Barranquero Arola eran, en la época a la que se refieren los presentes hechos, Decano de la Facultad de Medicina y Odontología y Catedrático del Departamento de Estomatología, y Directora del Departamento de Estomatología de la misma Universidad, respectivamente, y pareja de hecho. Puestos en todos los casos de común acuerdo:*

*1º.- En el recurso contencioso administrativo seguido contra el nombramiento de Montserrat Barranquero como Catedrática, por causa de ser el Presidente del Tribunal de la Oposición su pareja sentimental y socio mercantil, negociaron con algunos recurrentes con el fin de lograr su desistimiento.*

*Uno de ellos, Eduardo Manuel Ortiz Lastra, exigió como condición para su desistimiento, que no supusiera un coste económico para él, y que, por tanto, le fueran abonados los honorarios de su letrada.*

*Los acusados aceptaron dicha exigencia y dispusieron el pago a la letrada Victoria Rodríguez Vidarte, de 1.298,19 euros, desde la Unidad de Gasto Autorizado (en adelante durante toda la sentencia UGA) B0230, que se nutría con dinero de la Universidad del País Vasco, y cuya responsabilidad les incumbía a ambos acusados. Los gastos fueron abonados en fecha dos de septiembre de 1998, ignorando la perceptora del dinero y el propio Eduardo Manuel Ortiz Lastra que se trataba de dinero de la Universidad”.*

Por consiguiente, a tenor de los hechos que se acaban de transcribir, resulta diáfano que el Jurado ha declarado probado que en la ejecución de ese primer episodio del “factum”, a cuya impugnación va encaminada la prueba documental solicitada y denegada, ambos acusados actuaron de común acuerdo con el fin de solventar el problema surgido con la

anulación de la oposición en la que la acusada había sido nombrada catedrática del departamento al que pertenecían los fondos malversados. De modo que fueron ambos los que negociaron el desistimiento de los demandantes que habían impugnado en vía judicial la oposición y fueron ambos los que decidieron solventar el problema pagando a la letrada con fondos de la Universidad de cuya UGA eran cotitulares.

En consecuencia, y en lo que aquí nos interesa, ha de estimarse, de una parte, que el Jurado respetó el derecho a la presunción de inocencia cuando declaró probada la coautoría de los dos acusados ya que contaba con prueba de cargo suficiente, vistos los sólidos indicios concurrentes centrados en que ambos habían intervenido en los hechos desencadenantes de la presunta nulidad de la oposición y estaban muy interesados en que no se anulara. La acusada por haber adquirido la titular de la plaza en litigio, y el acusado por ser el Decano de la Facultad, presidente del tribunal de la oposición, catedrático del departamento y compañero sentimental de la acusada.

En estas circunstancias, resulta totalmente ajustado a la lógica de lo razonable y las máximas de la experiencia que el Jurado hubiera considerado coautor de la conducta delictiva al ahora recurrente, pues constan indicios relevantes de que decidió con su compañera abonar los honorarios de la letrada como una forma de solventar el problema surgido con la nulidad de la oposición en la que se le había otorgado a esta la cátedra del departamento de estomatología. Y es que todos los datos constatan que en esta primera secuencia malversadora la actuación fue conjunta, incluso con mayores razones que en las restantes.

Así las cosas, carece de relevancia para constatar la coautoría del recurrente que la orden de transferencia del dinero la suscribiera la acusada o el acusado, ya que ambos tomaron la decisión y acordaron materializar el

hecho delictivo. Y lo que es todavía más trascendente, los dos tenían la titularidad de la partida de fondos utilizada para abonar los honorarios de la letrada. Y como es sabido, el art. 432.1 del C. Penal castiga penalmente tanto al que sustrajere como al que asintiera a que otro sustraiga, resultando a efectos penales irrelevante para el fallo de la sentencia que la orden de transferencia contra la UGA la diera la acusada o su compañero.

En consecuencia, el motivo resulta inatendible.

**UNDÉCIMO. 1.** En el **motivo cuarto** alega la defensa, con apoyo procesal en los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho a la **presunción de inocencia** previsto en el art. 24.2 de la Constitución debido a la arbitraria valoración de la prueba, arbitrariedad que resulta incompatible con el derecho a la **tutela judicial efectiva**.

La extensa argumentación que la defensa dedica a este motivo se orienta toda ella a demostrar que no se ha probado que los caudales sustraídos por los acusados tengan la condición de públicos, entendiéndolo la parte que en su cuantía principal resultan jurídicamente privados.

A tal efecto, la parte postula en sus razonamientos impugnatorios dos clases de argumentos: unos que podemos catalogar de naturaleza procesal y otros de carácter sustantivo. Los primeros se encauzan a fundamentar que la determinación del carácter público o privado de los fondos es una cuestión estrictamente jurídica que nunca debió resolver el Tribunal del Jurado ni por tanto integrar el objeto del veredicto, dada la elevada complejidad jurídica que suscita todo ese tema. Y los segundos argumentos tienen como objetivo acreditar que los fondos sustraídos son en su principal cuantía públicos y no privados, razonando sobre este particular la defensa con la normativa jurídica universitaria específica del caso para

acabar concluyendo que solo el diez por ciento de los fondos abonados tendrían la condición de públicos.

2. Centrados, pues, en el análisis del **ámbito procesal del motivo**, conviene advertir de entrada, tal como anticipamos en el fundamento cuarto de esta sentencia, al que ahora nos remitimos, que el **elemento objetivo “caudal o efecto público”** que recoge el art. 432.1 es un elemento normativo del tipo penal.

La doctrina distingue en los tipos penales los elementos descriptivos y los normativos. Se consideran elementos descriptivos de un tipo penal los que expresan una realidad naturalística aprehensible por los sentidos; de modo que para su conocimiento y comprensión es suficiente con el común saber empírico y lógico de los hombres sobre la realidad y los fenómenos del mundo exterior, sin necesidad de recurrir a normas para comprender su significado.

En cambio, los elementos normativos de los tipos penales se refieren a una realidad determinada por una norma jurídica, social o ético-social. Por lo cual, suelen subdividirse los elementos normativos en jurídicos y sociales.

En lo que concierne al elemento objetivo “caudal o efecto público”, es claro que se trata de un elemento normativo de carácter jurídico para cuya delimitación y definición se precisa acudir a la aplicación de normas jurídicas. De ello es clara muestra el debate que se ha entablado en este proceso para dirimir si los fondos sustraídos eran públicos o privados, debate en el que salieron a colación varias normas estrictamente jurídicas.

Siendo así, resulta evidente que ha de ser el juez profesional el que dirima el carácter público o privado de los fondos sustraídos. El Jurado

puede decidir sobre elementos normativos de los tipos penales cuando estos sean de carácter social o ético-social, y también sobre los presupuestos fácticos de un elemento normativo de naturaleza jurídica, pero no sobre un elemento normativo sustancialmente jurídico.

Ahora bien, aunque ahora la parte recurrente se queja de que el colegio de jueces legos haya decidido sobre si los fondos son públicos o privados, no consta en el acta de la vista oral del juicio que se haya opuesto a la inclusión en el objeto del veredicto de la proposición correspondiente a la concurrencia del elemento normativo “caudal público”. Y tampoco consta protesta formal alguna sobre ese extremo.

Lo mismo debe decirse en lo que atañe a la información que el Magistrado-Presidente proporcionó al Jurado al practicar el trámite previsto en el art. 54 de la LOTJ. Aquí el Presidente del Tribunal informó al Jurado, según consta en el acta, al referirse al delito de malversación de caudales públicos, y en concreto al carácter público o privado de los caudales, lo siguiente:

*“No hay discusión en nuestro caso de que los acusados eran funcionarios. Lo que se discute sobre todo es que el dinero sea de la Universidad y, por lo tanto, público. Las acusaciones entienden que pertenece al 100% a la Universidad y que, por tanto, es público en todo caso. Las defensas consideran que no es público, en el caso de los convenios, masters y cursos de posgrado, administrados con UGAS transitorias, más que el 10% que la Universidad se queda para el sostenimiento de los servicios centrales. El 90% restante, lo que va a parar al Instituto adscrito que ejecutó los convenios o que realiza los masters o cursos de postgrado (Instituto de Epidemiología y Enfermedades Cardiovasculares), es para el Instituto, de naturaleza privada, que lo administra a su voluntad, al que pertenece el dinero, que no tiene que dar*

*cuenta a la Universidad, y que decide el destino caso de haber remanentes tras realizar el curso”.*

*“Si esto fuera así —prosiguió el Magistrado-Presidente explicando el objeto del veredicto—, si las tesis de las defensas es cierta, entonces el dinero no sería de la Universidad, no sería público”.*

*“Parece que los términos de este debate son jurídicos, pero es solo apariencia —advirtió el Magistrado-Presidente en las instrucciones al Jurado—. Tal como se les pregunta, se trata de dilucidar si son fondos pertenecientes a la Universidad o si no lo son”.*

*“Verán que en las proposiciones del objeto del veredicto sobre el particular de la naturaleza pública o privada de los bienes, solo se hace mención a las tesis de la acusación. Esto es debido a que la ley obliga a evitar que las proposiciones sean contradictorias. No se puede preguntar si el 100% era público y, a la vez, si no lo era. No es una preferencia del Magistrado Presidente sino una ordenación de la Ley. Pero entonces, cuando decidan si es público o no, deberán tener en cuenta las dos versiones, de la acusación y de la defensa, aunque no se pregunte expresamente. Al decidir que una tesis es cierta, deciden que la contraria no lo es. Y deberán expresarlo razonadamente”.*

Ante esta información al Jurado en el trámite de instrucciones, no consta protesta o queja alguna de la parte que ahora recurre la sentencia, a pesar de que la instrucción que se le hace al Jurado informándole que se está ante una cuestión que no es jurídica y que además aparenta tratarse de resolver un silogismo de sencilla solución, no se ajustaba ni a la realidad ni al derecho.

Siendo así, incurre en contradicción e incongruencia la parte al recurrir ahora el contenido del veredicto y el exceso de atribución de competencias al Jurado.

En cualquier caso, y tal como ya se anticipó al tratar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (fundamento séptimo de esta resolución), cuando de forma incorrecta se le atribuye al Jurado que dilucide una cuestión de índole jurídica, es claro que su decisión estrictamente jurídica no vincula a los jueces profesionales que dictan las resoluciones en las que los jurados deciden sobre temas de derecho en el objeto del veredicto, según advierte la jurisprudencia de esta Sala que se reseñó en su momento.

3. Aclarado lo anterior, es ahora el momento de examinar la cuestión sustantiva relativa a la **naturaleza de los caudales sustraídos** por los acusados, con respecto a la cual la sentencia del Tribunal del Jurado argumentó que eran públicos en virtud de la prueba pericial emitida por Manuel del Rey y Francisco Javier Angulo, así como por lo declarado por el testigo Manuel Montero; además, reseñó el Jurado que el dinero ingresaba en las cuentas de la Universidad del País Vasco y que el CIF contra el que se emiten las facturas es siempre el de la Universidad.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, que es la procesalmente recurrida, no aporta nada nuevo a lo expuesto por la del Tribunal del Jurado sobre este punto, toda vez que desestima los motivos relacionados con esta cuestión interpuestos por la defensa de la acusada, por considerar que la vía utilizada del art. 849.2º no permite entrar a modificar los hechos relativos a si los fondos pertenecen o no en una proporción del 90% a los institutos adscritos a la Universidad. Y en cuanto al recurso del acusado, se limita a remitirse a lo que expuso en su momento al resolver el de aquella.

La tesis que formula la parte recurrente centra sus alegaciones en argumentar que los fondos son mayoritariamente privados y no públicos porque el Instituto de Epidemiología y Prevención de Enfermedades Vasculares es un Instituto “adscrito” a la UPV, siendo este Instituto el que ofreció diversos cursos y convenios para cuya gestión se articularon unas UGAs (Unidad de Gastos Autorizados) que recibieron los fondos obtenidos. La condición de Instituto “adscrito” es distinta —matiza la defensa— de lo que es un Instituto “propio”, ya que aquellos no se hayan integrados en la Universidad y estos sí, por lo que los últimos han de ser financiados por los presupuestos de la Universidad. En cambio, los “adscritos” dependen de órganos privados o públicos que establecen un convenio con la Universidad en el que se fijan las normas de colaboración.

La parte recurrente argumenta a continuación con la normativa universitaria relativa al uso que ha de darse a esos fondos procedentes de los cursos impartidos por el Instituto de Epidemiología y Prevención de Enfermedades Vasculares, regulación que se recoge en la llamada “Normativa de Contratos”, aprobada por la Junta General de la Universidad del País Vasco el 23 de julio de 1991, dentro de la cual destaca la defensa del acusado los arts. 13 y 26. Con arreglo a los cuales — señala la parte recurrente— de los ingresos por los cursos impartidos se detraen un 10% para la Universidad, y una vez detraída esta cantidad, con el resto han de pagarse los profesores o los equipos que realizaron el trabajo, siempre que la cantidad a percibir por cada profesor sea inferior al quíntuplo de los haberes brutos mensuales mínimos de un catedrático de Universidad a tiempo completo, aspecto este que controla la propia Universidad.

Sin embargo, tal como viene a reconocer la propia parte en su escrito de recurso, lo cierto es que todas las cantidades procedentes de los

cursos ingresan en las cuentas públicas de la Universidad, siendo esta la que después detrae el 10% que le corresponde y controla los límites que han de aplicársele a las remuneraciones que pueden percibir los profesores universitarios que imparten las clases de los cursos. Y también reconoce la parte recurrente que las facturas se giran con el CIF de la Universidad.

Así pues, los ingresos de los cursos impartidos por los Institutos adscritos a la Universidad se depositan en las cuentas públicas de la Universidad y después se reparten con arreglo a los distintos convenios y a la normativa que los regula, disponiendo y controlando la Universidad esa distribución de los distintos porcentajes a la propia Universidad, al profesorado y a los institutos “adscritos” a la UPV. Dado lo cual, no cabe cuestionar que esos fondos tienen carácter público, aunque finalmente con ellos se acabe abonando una parte importante al instituto o institutos “adscritos” de carácter privado que se encargaron de desarrollar los cursos.

Así ha quedado acreditado en la vista oral del juicio por las pruebas que se especifican en la sentencia del Tribunal del Jurado. En concreto, los peritos Manuel del Rey y Francisco Javier Angulo manifestaron en el plenario que los fondos de las UGAs eran incuestionablemente fondos públicos, pues se refieren a actividades universitarias y las desarrolla la Universidad. Ello viene avalado por los controles del Tribunal de Cuentas, de las auditorías y del propio Consejo de Gobierno de la Universidad.

También expusieron los dos peritos que cuando se firma un convenio con una empresa o un instituto tiene que haber una memoria de actividades y se abre una UGA para plasmar en ella los ingresos y gastos del convenio. Cuando se firma un convenio con una entidad privada — precisaron— ese dinero es de la Universidad, se trata de ingresos públicos, ya que es dinero ingresado en la cuenta de la Universidad. El dinero se le asigna al Vicerrector, que se queda con el 10%, o incluso más en la

actualidad, para gastos generales, y transfiere el resto a la UGA correspondiente, que es administrada por dos personas del Departamento de la Facultad correspondiente, debiendo tener en cuenta el carácter público de todo el dinero que gestiona una UGA. También respondieron a nuevas preguntas, según consta en la grabación digital del juicio, y así lo expresa la acusación particular en sus alegaciones al escrito de recurso del acusado, que con respecto a los institutos adscritos a un departamento de la Universidad todo el dinero que se gestiona con motivo del convenio es sin ninguna duda dinero público. Y aclararon que los pagos efectuados a las sociedades que se refieren en el episodio sexto de los hechos declarados probados fueron abonados con cargo a la cuenta de la Universidad del País Vasco.

De otra parte, la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, vigente en el momento de los hechos y que ha sido citada por los peritos en el plenario, preceptúa que “Los Departamentos y los Institutos Universitarios, y su profesorado a través de los mismos, podrán contratar con entidades públicas y privadas, o con personas físicas, la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el desarrollo de cursos de especialización. Los Estatutos de las Universidades establecerán el procedimiento para la autorización de dichos contratos y los criterios para la afectación de los bienes e ingresos obtenidos” (art. 11). Este precepto ha de ponerse en relación con el art. 54, que dispone que el presupuesto de las Universidades contendrá en su estado de ingresos —además de otros conceptos— los ingresos derivados de los contratos a los que hace referencia el artículo 11 de la presente Ley.

Y en lo que respecta al testigo Manuel Montero, cuyo testimonio de cargo es destacado por el Jurado en la motivación del veredicto, también resultó clarificador con respecto a la condición de los fondos públicos. Esa persona, que fue Rector de la Universidad a partir del mes de marzo del

año 2000 y que fue quien presentó la denuncia por los hechos enjuiciados, manifestó en cuanto a los cursos y convenios que el 10% de los ingresos era destinado a los gastos generales y el 90% restante forma parte del presupuesto y gasto de la Universidad. Incidió en que a partir de la firma de un convenio los ingresos correspondientes al mismo tienen carácter de dinero público, pues es para realizar una actividad de la Universidad pública. También advirtió que el cien por cien del dinero que ingresa una UGA es dinero público, y de ese dinero un 10% es un canon que estatutariamente está destinado a los servicios generales, pero todo es dinero público.

Frente a esta prueba de cargo y a la referida argumentación jurídica, la defensa no contrapone ningún informe pericial de parte, limitándose a hacer referencia a varios testigos sin concretar siquiera cuáles son los apartados de sus declaraciones que contendrían datos o argumentos consistentes para desvirtuar el carácter público de unos fondos que ingresaban en las cuentas públicas de la UPV.

La jurisprudencia de esta Sala considera que el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006, de 22-2; y 132/2010, de 18-2), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio para hacerlos propios (STS 749/2008, de 24-11). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su

patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga (STS 429/2012, de 21-5).

En este caso, a tenor de lo expuesto, los acusados desviaron unos fondos públicos del destino que tenían asignado, que era el pago de una prestación de servicios públicos por parte de la Universidad del País Vasco, sustrayendo en beneficio propio el dinero ingresado en la cuentas públicas de la Universidad. Sin que pueda cuestionarse la condición pública de los fondos, dado que habían sido entregados a la Universidad e ingresados en sus cuentas, sin perjuicio de que después esta asignara partes importantes de los mismos a institutos adscritos o a particulares que hubieran intervenido en la prestación de los servicios encargados por el ente público universitario.

Se desestima, por tanto, este cuarto motivo del recurso.

**DUODÉCIMO.** El **motivo quinto** lo dedica el recurrente a invocar, al amparo de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, aduciendo para ello la existencia de contradicción en la valoración de la prueba.

A este respecto, argumenta que el Jurado ha razonado en la motivación del veredicto con criterios claramente contradictorios al referirse a la condición pública de los fondos malversados. Y ello porque al fundamentar probatoriamente los episodios del “factum” reseñados con los ordinales 3º y 5º refiere que los acusados han dispuesto privadamente y en beneficio propio de los fondos de las UGAs destinados al pago de los convenios estipulados por la Universidad, pagando el importe correspondiente a los convenios con la UGA orgánica del Departamento de Odontología. Con lo cual se acreditaría, concluye la parte recurrente, que el

dinero de las UGAs correspondiente a los convenios es un dinero público del que sí se puede disponer con fines privados.

La interpretación que hace de la motivación del Jurado la parte recurrente no se ajusta a lo que se dice realmente en el acta del veredicto y en las sentencias del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia. Pues lo que el Jurado especifica en la motivación es que los fondos destinados a los convenios tenían el fin de atender los gastos propios de su ejecución; pero en lugar de ello, los acusados pagaron parte de los gastos de la ejecución de los convenios con dinero del Departamento de Odontología y no con la UGA asignada al convenio, ahorrándose así estos gastos en la partida de esta última UGA. Pero ese dinero indebidamente ahorrado en el gasto de los convenios —cargado en la UGA del Departamento— no fue un ahorro real, ya que lo sustrajeron los acusados en beneficio propio. Y de ahí que sean condenados como autores del delito de malversación con respecto a esos dos episodios delictivos (3° y 5°).

Por lo tanto, no es que en esos dos hechos que reseña la parte recurrente los fondos públicos de las UGAs destinadas al abono de los convenios fueran disponibles para fines privados, sino que los utilizaron ilegalmente los acusados para sus fines privados apropiándose de ellos, conducta por la que fueron condenados en esos dos casos como coautores de un delito de malversación. Realmente pagaron con dinero no destinado a ello (la UGA del Departamento) y se embolsaron el dinero que sí estaba asignado (la UGA relativa a los convenios).

El motivo resulta así inviable al no darse la contradicción que denuncia la parte recurrente.

**DECIMOTERCERO.** En el **motivo sexto**, bajo la cobertura una vez más de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, denuncia la defensa del acusado la vulneración de los derechos fundamentales a la **tutela judicial efectiva**, a un **proceso con todas las garantías** y al derecho a la **presunción de inocencia**.

La razón que se esgrime para sostener el motivo es que el Jurado se ha pronunciado sobre el carácter público de los fondos sustraídos a pesar de tratarse una cuestión normativa, con lo cual infringió los límites de su cognición e incurrió en una quiebra estructural del proceso.

Este tema ya ha sido específicamente tratado y resuelto en el fundamento décimo de esta sentencia, admitiéndose parcialmente las tesis de la parte recurrente pero no las consecuencias que pretende obtener en orden a la nulidad de las sentencias dictadas por haberse vulnerado los derechos fundamentales que cita. Nos remitimos por tanto a lo que se razonó y resolvió en el referido fundamento jurídico, evitando con ello reiteraciones innecesarias.

Se rechaza, pues, la nulidad que postula y con ello el motivo formulado.

**DECIMOCUARTO.** En el **motivo séptimo** alega el acusado, por el cauce procesal del art. 849.1º de la LECr., la aplicación indebida de los arts. 27 y 28 del C. Penal sobre **autoría y participación**, al entender que se ha infringido la doctrina de esta Sala sobre participación delictiva, derivando ello en la condena del acusado como coautor de los hechos enjuiciados.

La defensa del acusado aduce en este motivo que no debió ser condenado como coautor de los episodios fácticos recogidos bajo los

ordinales 1º, 3º, 5º y 6º, pues considera que no intervino con hechos concretos en los referidos episodios, por lo que no cabría considerarlo coautor de los mismos, para lo que además no sería siquiera suficiente un acuerdo previo.

Lo primero que se aprecia en la alegación exculpatoria del recurrente es que se aparta totalmente de la vía anunciada en el rótulo procesal de su impugnación. Y es que formula el motivo por la vía de la infracción de ley y lo que hace realmente es volver a cuestionar los hechos probados, obviando que esta Sala tiene declarado de forma insistente y reiterada que el cauce procesal de la infracción de Ley (art. 849.1º LECr.) impone que se respeten en su integridad los hechos que se declaran probados en la resolución recurrida, de modo que cualquier modificación, alteración, supresión o cuestionamiento de la narración fáctica desencadena la inadmisión del motivo (art. 884.3 de LECr.) y en trámite de sentencia su desestimación (SSTS 283/2002, de 12-2; 892/2007, de 29-10; 373/2008, de 24-6; 89/2008, de 11-2; 114/2009, de 11-2; y 384/2012, de 4-5, entre otras).

La lectura del resultado del veredicto sobre los episodios fácticos 1º, 3º, 5º y 6º es suficiente para constatar que el Jurado consideró probado que el acusado ejecutó los hechos de acuerdo con la coacusada y que es culpable de haber realizado tales hechos.

Ello de por sí ya es suficiente para constatar la autoría y desestimar el motivo de impugnación, que, se reitera, consiste en una infracción de ley.

A mayores, debe tenerse en cuenta que en el fundamento décimo de esta sentencia se argumenta probatoriamente sobre la coautoría en el episodio fáctico de la imputación primera que se le atribuye al acusado. Lo

allí razonado ha de extenderse de forma sustancial a la intervención del acusado en los restantes episodios del “factum”.

En consecuencia, el motivo no puede acogerse.

**DECIMOQUINTO.** En el **motivo octavo**, con cita procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, se invoca la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, al estimar que no concurre prueba de cargo acreditativa de la coautoría del acusado en lo que respecta al **episodio fáctico segundo** de los hechos probados.

Sobre ese hecho concreto dice lo siguiente la premisa fáctica de la sentencia del Tribunal del Jurado:

*“Sin que mediara interés alguno para la Universidad, y con finalidad de guardar determinados materiales y enseres, ya almacenados en dependencias de la misma, contrataron con Javier Acha López, el depósito de dicho material en el caserío de su propiedad, en la calle Atxesbide, nº 13, de Erandio, sin que conste el uso que de dichos enseres o materiales se pretendía, pero en todo caso, sacándolos de las dependencias universitarias.*

*No consta, a efectos de este procedimiento, que Javier Acha López tuviera conocimiento exacto de que no era la Universidad del País Vasco la que contrataba, a pesar de que aceptaba de ella los pagos de las cantidades establecidas con los acusados, en conceptos ajenos al presunto contrato, en unos casos, por razón de “honorarios” o en otros casos, por el concepto de “departamento” o “colaboración curso post-grado” La cantidad total pagada a Javier Acha por estos hechos, hasta que la Universidad detectó los mismos, asciende a 9.360’38 euros, siendo realizado el pago desde las UGAS B98273, B98281, B0314, 39272 y*

*39621, que se nutrían con dinero de la Universidad del País Vasco de las que ambos eran titulares, aunque la negociación concreta de los términos del contrato fue realizada por el acusado Sr. Goiriena.*

*Al cesar los pagos que recibía de los acusados, Javier Acha López, presentó demanda contra la Universidad del País Vasco, en reclamación de otra cantidad de 7.813 euros por rentas impagadas por dicho depósito. En sentencia de fecha veintidós de enero de dos mil dos, del Juzgado de 1ª Instancia de Getxo, dictada en los autos 298/01, confirmada por sentencia de fecha dieciocho de junio de dos mil tres, de la Sección V de la Audiencia Provincial de Vizcaya, se desestimó la demanda interpuesta. En dichas resoluciones se negó la buena fe del demandante que justificare que la Universidad del País Vasco quedara obligada al cumplimiento de contrato verbal alguno, contrato cuya existencia se alegaba basándose en la apariencia de representación de la Universidad del País Vasco, que el acusado Sr. Goiriena había manifestado en su actuación.*

*El material indebidamente sacado de la Universidad del País Vasco, no consta tasado, no habiendo sido posible determinar, dado el tiempo transcurrido, qué tipo de material era, o si se trataba de material nuevo o en desuso, o si se encontraba depositado en dependencias universitarias provisionalmente o con carácter definitivo, razón por la cual el perjuicio derivado de estos hechos se centre en las cantidades indebidamente abonadas al Sr. Acha.*

*Parte de los enseres fueron aprovechados para dar cumplimiento al Plan de Estudios de Licenciatura en las prácticas de pacientes especiales”.*

Las alegaciones de la defensa sobre la presunción de inocencia con respecto a los hechos que se acaban de transcribir nos obligan a verificar si

se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

La sentencia recurrida se remite en este punto a lo razonado por el Tribunal del Jurado. Y en la sentencia del Tribunal del Jurado se argumenta probatoriamente en el sentido de que no había falta de espacio en la Universidad para depositar los bienes cuyo almacenamiento se utilizó como justificación para el alquiler de un caserío con cargo a los fondos públicos de la UPV. Se invirtió por tanto un dinero sin que se justifique su inversión, de modo que si bien no se ha acreditado una connivencia fraudulenta entre el arrendador y los acusados, sí es cierto que estos dispusieron de fondos públicos sin un destino fundamentado ni explicable.

Y en cuanto a la carta dirigida al vicerrector para informarle de tal arrendamiento, el Jurado razonó que no constaba formalmente acreditado su envío y tampoco la recepción por el remisionario, a lo que ha de sumarse la falta de contestación a la supuesta misiva, factor que incrementa todavía más la incertidumbre sobre la realidad del documento.

También tuvo en cuenta el Jurado que de las UGAs con las que se sufragaron los gastos eran cotitulares ambos acusados. Y no le dio relevancia, en cambio, a que apareciera en una información periodística

que una silla de dentista almacenada por los acusados había sido utilizada por alumnos de la Facultad en prácticas dedicadas a pacientes especiales.

Los datos precedentes muestran que el Jurado contó con prueba de cargo suficiente para declarar probada la segunda imputación, sin que, en contra de lo que se alega en el recurso, concurra una prueba de descargo que propicie una versión fáctica alternativa que introduzca dudas razonables con respecto al “factum” de la sentencia del Tribunal del Jurado y a la motivación que justificó la condena.

Siendo así, el motivo no puede prosperar.

**DECIMOSEXTO.** En el **motivo noveno**, con cita procesal de los arts. 852 de la LECr. y 5.4 de la LOPJ, se invoca la vulneración del derecho fundamental a la **presunción de inocencia**, al estimar que no concurre prueba de cargo acreditativa de la coautoría del acusado en lo que respecta al **episodio fáctico cuarto** de los hechos probados.

Sobre ese hecho concreto dice lo siguiente la narración fáctica de la sentencia del Tribunal del Jurado:

*“4°. Montserrat Barranquero, en la fecha en que era responsable del Departamento de Estomatología, y Francisco Javier Goiriena Decano de la Facultad, autorizaron pagos de material de laboratorio facturados por/a empresa Abbot científica SA por importe de 2.048.985 pts. (12.294’40 euros), con cargo a la UGA orgánica del Departamento (00095). Este material fue entregado a*

*Fernando De Mier en la avenida Zumalacárregui 30 de Baracaldo, y en el apartado de correos 699 de Leioa. Dicho material fue entregado para fines particulares del mencionado Fernando De Mier, sin*

*justificación ni autorización de la Universidad para destinar tales cantidades a dichos fines.*

*Los Departamentos de la UPV podían costear gastos en materiales necesarios para el desarrollo de proyectos y tesis doctorales”.*

En la motivación de la prueba de los hechos que se acaban de transcribir se argumenta en la sentencia del Tribunal del Jurado que se ha incumplido toda la normativa de contratación y compras de la UPV, dada la falta de comunicación al servicio de compras, y que tampoco consta acta de la recepción de la mercancía, en la que ha de figurar el lugar, día y hora, así como el número de serie del equipo entregado. Además, señala la sentencia, el material ni siquiera pasó por la Universidad, pues se entregó directamente en las dependencias de USOA y fue recibido por Fernando de Mier. Tampoco consta ningún convenio ni proyecto que respalde una actividad realizada fuera de la Universidad.

Frente a ello alega la parte recurrente que Fernando Mier preparaba la parte clínica de su tesis en la Fundación Usoa y por ello le fue remitido allí el material, y que ha quedado probado según el Jurado que había un presupuesto para sufragar los materiales necesarios para desarrollar las tesis doctorales.

Sin embargo, en contra de lo que aduce el acusado, el hecho de que existiera un presupuesto para tesis doctorales no quiere decir que en este caso se le asignara al doctorando, dado que ni siquiera se siguieron los trámites para ello, tanto los universitarios como los relativos a la concreta entrega del material que las sentencias dictadas consideran malversado.

Lo cierto y real es que ni consta probado que el departamento correspondiente de la Universidad hubiera tramitado la asignación de

material al referido doctorando, ni que la entrega llegara a realizarse con los fines que autoriza la Universidad, ni que siquiera ese proyecto de tesis se llevara a la práctica. De hecho, y tal como expusimos en el fundamento tercero de esta sentencia, la acusación particular alegó que Fernando de Mier nunca llegó a defender su tesis doctoral, y la defensa de los acusados no presentó documento alguno que verificara lo contrario.

En vista de lo razonado, se desestima el motivo.

**DECIMOSÉPTIMO.** En el **motivo décimo**, por la vía del art. 849.1º de la LECr., se impugna la aplicación del art. 390. 1 del C. Penal, y en concreto la condena por **falsedad de funcionario público**, al considerar la parte recurrente que no concurren los elementos objetivos del referido tipo penal.

La subsunción del delito de falsedad en la modalidad de falsificación de funcionario ha sido tratada ya en profundidad en el fundamento sexto de esta sentencia, estimándose sustancialmente la tesis jurídica de la parte recurrente, en el sentido de estimar que no nos hallamos ante un delito de funcionario público en el ejercicio de sus funciones, sino ante el tipo penal del art. 392 del C. Penal. Damos, pues, por reproducido lo que allí se dijo, no incurriendo así en reiteraciones innecesarias.

Se estima, en consecuencia, el motivo en los términos que se expusieron en el fundamento sexto de esta sentencia.

**DECIMOCTAVO.** En el **motivo undécimo**, y por el iter procesal del art. 849.1º de la LECr., se le reprocha al Tribunal de instancia no haber aplicado el art. 14 del C. Penal, al no acoger la **existencia de error** por parte del acusado con respecto al carácter público de los fondos que integran el delito de malversación.

Toda esa cuestión ya ha sido examinada en detalle y resuelta en sentido desestimatorio en el fundamento cuarto de esta sentencia con respecto a la coacusada. Siendo así, y hallándose ambos en la misma situación al resultar afectados por la misma problemática, nos remitimos a lo que allí se argumentó y resolvió, sin necesidad de entrar en este caso a exponer otros razonamientos complementarios de lo que se dijo en el referido fundamento.

El motivo resulta, por consiguiente, inatendible.

**DECIMONOVENO.** Los **motivos duodécimo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto** se refieren todos ellos al cuestionamiento de la inaplicación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas por la sentencia recurrida y por la del Tribunal del Jurado.

Todas las cuestiones relativas a esa materia han sido examinadas y resueltas en el fundamento séptimo de esta sentencia en un sentido sustancialmente favorable a la tesis de las partes recurrentes. Damos, pues, por reproducido lo que allí se dijo sin necesidad de exponer otros argumentos a mayores.

Se estima por tanto este motivo en los términos expuestos en el fundamento séptimo de esta sentencia.

**VIGÉSIMO.** A tenor de lo razonado en los fundamentos precedentes, se estiman parcialmente los recursos de ambos acusados, con declaración de oficio de las costas de esta instancia (art. 901 LECr.).

### **III. FALLO**

**ESTIMAMOS PARCIALMENTE LOS RECURSOS DE CASACIÓN** por infracción de ley interpuestos por las representaciones de los acusados **Montserrat Barranquero Arola** y **Francisco Javier Goiriena de Gandarias** contra la sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de marzo de 2013, dictada en la causa seguida por los delitos continuados de falsedad documental y malversación de caudales públicos, en concurso medial, sentencia que desestimó la dictada por el Tribunal del Jurado de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vizcaya, el 19 de octubre de 2012. Ambas resoluciones quedan parcialmente anuladas, con declaración de oficio de las costas causadas en esta instancia.

Comuníquese esta sentencia con la que a continuación se dictará a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.

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

**Cándido Conde-Pumpido Tourón**

**José Ramón Soriano Soriano**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**Alberto Jorge Barreiro**

**Carlos Granados Pérez**

**1016/2013**

***Ponente Excmo. Sr. D.: Alberto Jorge Barreiro***

***Vista: 20/03/2014***

***Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río***

***TRIBUNAL SUPREMO***  
***Sala de lo Penal***

***SEGUNDA SENTENCIA N°: 360/2014***

***Excmos. Sres.:***

**D. Cándido Conde-Pumpido Tourón**  
**D. José Ramón Soriano Soriano**  
**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**  
**D. Alberto Jorge Barreiro**  
**D. Carlos Granados Pérez**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Abril de dos mil catorce.

En la causa Ley Orgánica del Tribunal del Jurado nº 1/09, del Juzgado de instrucción número 4 de Gexo, seguida por delito continuado de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos contra Montserrat Barranquero Arola, hijo de Salvador y Montserrat, nacida en Barcelona el 9 de octubre de 1955, con DNI 46108171 y Francisco Javier Goiriena de Gandarias, nacido el 25 de mayo de 1949, con DNI 14884581, la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Segunda dictó sentencia en el Rollo 2/10 en fecha 19 de octubre de 2012 que fue apelada; el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el Rollo de Apelación 30/12 dictó sentencia en fecha 14 de marzo de 2013 en la que se desestimaba el recurso; ambas sentencias han sido casadas y anuladas por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa. Ha sido ponente el magistrado Alberto Jorge Barreiro.

## **I. ANTECEDENTES**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia dictada en la instancia, añadiendo simplemente que el procedimiento penal se tramitó durante un plazo de 12 años, desde que se inició hasta que se dictó la sentencia del Tribunal del Jurado.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

En virtud de lo razonado en la sentencia de casación, y más en concreto en el fundamento sexto, procede, en primer lugar, sustituir la condena de los acusados como coautores del delito continuado de falsedad

de funcionario público en el ejercicio de sus funciones, previsto en los arts. 390.1.2º y 74 del C. Penal, por la de coautores de un delito de falsedad en documento mercantil ajena al ejercicio de su función, previsto en los arts. 392, 390.1.2º y 74 del C. Penal.

De otra parte, y atendiendo a lo razonado en el fundamento séptimo de la sentencia de casación, se le aplica a ambos acusados la atenuante de atenuación de dilaciones indebidas como muy cualificada, reduciéndoles en un grado la pena correspondiente a los delitos objeto de condena, a cuyo efectos se pondera la complejidad del caso y el exceso con respecto al plazo razonable de procesos similares.

En cuanto a la **individualización judicial de la pena**, ha de partirse de los marcos legales establecidos para ambos delitos con la aplicación de la referida **atenuante**. El delito continuado de falsedad en documento mercantil comprende una pena que abarca desde un mínimo de 10 meses y 15 días hasta un máximo de 21 meses de prisión; y una multa de 4 meses y 15 días a 9 meses. Y el delito de malversación de caudales públicos tiene una horquilla punitiva que va desde un mínimo de dos años y tres meses hasta un máximo de cuatro años y seis meses de prisión; y una pena de inhabilitación absoluta de 4 a 8 años.

Al ponderarse la gravedad del hecho ha de atenderse a la cuantía de la suma malversada: 168.436 euros, y también a la circunstancia de que la conducta malversadora se extendió durante un periodo de más de cuatro años. Dado lo cual, la pena no ha de fijarse en el mínimo legal, aunque sí dentro de la mitad inferior.

Como se da un concurso medial o instrumental de delitos, cabe la posibilidad de fijar la pena en la mitad superior del delito más grave o acudir a la punición separada de ambos delitos. En este caso entendemos

que favorece más a los acusados la punición conjunta, que comprende desde un mínimo de 2 años, 7 meses y 15 días de prisión hasta un máximo de 5 años y tres meses menos un día. Por lo cual, se les impone a cada uno la pena privativa de libertad de tres años y la inhabilitación absoluta de seis años.

### **III. FALLO**

**Se modifica** la condena impuesta a los acusados **Montserrat Barranquero Arola** y **Francisco Javier Goiriena de Gandarias**, y se les condena en esta instancia como autores de un **delito continuado de falsedad en documento mercantil ajena al ejercicio de su función, en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos**, con la aplicación en ambos casos de la **atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas**, a las penas, para cada uno de ellos, de **tres años de prisión**, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, e **inhabilitación absoluta durante un periodo de seis años**.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos del fallo condenatorio en sus términos siempre que no se oponga a lo decidido en la presente resolución.

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

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**  
**Pérez**

**Alberto Jorge Barreiro**

**Carlos Granados**

**PUBLICACIÓN.-** Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.