



Roj: **ATS 8998/2023 - ECLI:ES:TS:2023:8998A**

Id Cendoj: **28079120012023200888**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/06/2023**

Nº de Recurso: **20907/2017**

Nº de Resolución: **20417/2023**

Procedimiento: **Causa especial**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. 20.417/2023

Fecha del auto: 26/06/2023

Tipo de procedimiento: CAUSA ESPECIAL

Número del procedimiento: 20907/2017

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: FISCALÍA GENERAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: ICR

Nota:

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Auto núm. 20417/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

En Madrid, a 26 de junio de 2023.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de febrero de 2023 se dictó auto en esta causa especial núm. 29017/2017 con la siguiente parte dispositiva:

" 1.- *Derogado el delito de sedición, a la vista de las penas asociadas al delito de desobediencia y de la nueva redacción del delito de malversación, los condenados D. Pedro Miguel (13 años de inhabilitación absoluta), D. Ángel Daniel (12 años de inhabilitación absoluta), D. Abilio (12 años de inhabilitación absoluta) y Dña. Purificación (12 años de inhabilitación absoluta) no verán modificada la pena que se hallaban cumpliendo, que quedará extinguida, según la liquidación de condena ya practicada en la ejecutoria en las siguientes fechas:*

D. Pedro Miguel el 17 de julio de 2031; D. Ángel Daniel y D. Abilio el 5 de julio de 2030; Dña. Purificación el 10 de octubre de 2031.

2.- *En relación con los condenados D. Bartolomé y D. Bernabe, al haber sido derogado el delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el vigente delito de desórdenes públicos, se declara extinguida definitivamente la pena que se hallaban cumpliendo de 9 años de inhabilitación absoluta.*

3.- *Respecto de la condenada Dña. Zaida, como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el vigente delito de desobediencia, se declara extinguida la pena que se hallaba cumpliendo de 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*

4 .- *Como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el delito de desobediencia, se declara también extinguida la pena impuesta a D. Cipriano, que se hallaba cumpliendo 11 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*

5 .- *En relación con el condenado D. Damaso, como consecuencia de la derogación del delito de sedición y en aplicación de las penas previstas para el delito de desobediencia, se declara extinguida la pena que se hallaba cumpliendo de 10 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.*

Contra esta resolución no cabe recurso alguno."

SEGUNDO.- Las respectivas representaciones procesales de D. Bartolomé, D. Abilio, D. Ángel Daniel, D. Pedro Miguel y DÑA. Purificación han presentado contra dicho auto los incidentes de nulidad que obran en autos.

TERCERO.- Admitidos a trámites los incidentes formulados y evacuados los traslados correspondientes, el Ministerio Fiscal interesó su desestimación

La representación procesal de D. Abilio se ha adherido al incidente de nulidad formulado por la representación procesal de DÑA. Purificación .

A continuación, quedaron los autos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la redacción dada por la Ley Orgánica 6/2007, 24 de mayo, establece el contenido y los límites del incidente de nulidad. Su alcance, declaráramos en el ATS 15 enero de 2015 -recurso casación núm. 583/2014-, ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas ocasiones, de la que es fiel exponente el ATS 1 de marzo de 2012 -recurso núm. 11442/2011-. En él se razonaba que: "*Es difícil no estar de acuerdo con la filosofía del nuevo incidente de nulidad de actuaciones: al permitir que la propia jurisdicción ordinaria pueda subsanar cualquier violación de los derechos fundamentales del art. 53-2 de la Constitución, se evita, en su caso, el acceso a la jurisdicción constitucional cuando la ordinaria, como primer garante de tales derechos fundamentales, puede evitar y subsanar cualquier denuncia al respecto.*

Al mismo tiempo, ha de delimitarse el ámbito de este nuevo recurso de nulidad que exige tres requisitos, uno de fondo, otro de naturaleza temporal y un tercero de natural procesal.

1) *Como requisito de fondo debe tratarse de nulidades referidas a la vulneración de derechos del art. 53-2º de la Constitución .*

2) *Como requisito temporal que no hayan podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y*

3) *Como requisito procesal que dicha resolución no sea susceptible de recurso ni ordinario ni extraordinario.*

Es obvio que la finalidad de la reforma quedaría desbordada si se intentase convertir este recurso en un nuevo medio para reconsiderar decisiones ya adoptadas en la decisión que se tacha de vulneradora de los derechos fundamentales (ATS de 11-01- 12, entre otros)".



Cabe añadir dos consideraciones. La primera que, de acuerdo con el apartado primero del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. La segunda, que de conformidad con la jurisprudencia expuesta, esta resolución analizará las posibles vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan al auto cuya nulidad se ha interesado. Este incidente, como hemos adelantado, no es un recurso contra esta última resolución y, por tanto, no es un medio para reconsiderar las decisiones en él adoptadas al margen de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas.

SEGUNDO.- De conformidad con la doctrina expuesta, los incidentes de nulidad planteados contra el auto de esta Sala de 13 de febrero de 2023 han de ser desestimados.

2.1. Incidente de nulidad planteado por la representación de D. Bartolomé .

2.1.1. La representación procesal del Sr. Bartolomé imputa al auto dictado por esta Sala, en síntesis, las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Vulneración del principio acusatorio en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE), así como con el principio de legalidad (art. 25 CE).

El auto de esta Sala no ha respetado el relato de hechos probados de la sentencia y ha condenado al Sr. Bartolomé como autor de un delito de desórdenes públicos, que no es homogéneo con el delito de sedición por el que inicialmente fue condenado. Además, los hechos que fueron declarados probados en sentencia son atípicos, por lo que su condena vulnera el principio de legalidad.

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre incluye modificaciones beneficiosas para el reo que deberían tener efecto retroactivo y conducir a la revisión de la sentencia. La derogación del delito de sedición comporta la plena extinción de su responsabilidad penal.

El auto ahora impugnado, se aduce, ha determinado "*... una suerte de mutación en la condena por el delito de sedición impuesta a D. Bartolomé y D. Bernabe por un delito de desórdenes públicos*", pese a que el auto reconoce que "*... no existe una identidad sustancial que permita afirmar que, suprimido el primero (refiriéndose al delito de sedición), todo lo que éste abarcaba ha quedado ahora alojado en el segundo (aludiendo al delito de desórdenes públicos).*"

De esta manera, su condena por el delito de desórdenes públicos vulnera sus derechos fundamentales.

Las partes acusadoras no formularon acusación por el delito de desórdenes públicos, de manera que no fue objeto de debate en el acto del juicio y no pudo defenderse de los elementos que lo configuran. No existe homogeneidad entre el nuevo delito de desórdenes públicos y el delito de sedición, ni entre los desórdenes públicos vigentes al cometerse los hechos y los tipificados tras la modificación del Código Penal. Mientras los desórdenes públicos requieren el uso de violencia o intimidación, la rebelión o la sedición no contemplaban la intimidación como elemento del tipo. Existen diferencias, por otro lado, entre "actuar en grupo" y "alzarse pública y tumultuariamente".

La redacción anterior de los desórdenes públicos configuraba, según se alega, un delito de resultado, mientras que la actual consiste en un delito de tendencia; la acción consistente en "amenazar" es, además, mucho más amplia que la intimidación que se recoge en la actualidad.

La propia interpretación que la Sala ha realizado, tanto en la sentencia de 14 de octubre de 2019, como en el auto cuya nulidad se pretende, descarta la homogeneidad entre el delito de desórdenes públicos y el delito de sedición al incidir que este último era algo más que un delito contra el orden público.

En cuanto a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, se habría producido porque el auto de 13 de febrero de 2023 no ha respetado el relato de hechos probados de la sentencia.

Esta última declaraba probado que la conducta de D. Bartolomé y D. Bernabe no había sido violenta y que no se les podía atribuir los actos de violencia que los manifestantes ejercieron el 20 de septiembre de 2017; inexistencia de violencia que se reiteraba en su fundamentación jurídica. No obstante, el auto impugnado mantiene la condena del Sr. Bartolomé por un delito de desórdenes públicos, que requiere la ejecución de actos de violencia o intimidación, y le atribuye de forma sorpresiva a él y al Sr. Bernabe actos violentos o intimidatorios.

En la sentencia, además, se consideró que D. Bartolomé y D. Bernabe actuaron concertadamente con " otros responsables públicos" y, sin embargo, en el auto se refleja "*una actuación aislada por parte de los Sres. Bernabe y Bartolomé en la que habrían llevado a cabo "actos de violencia sobre las cosas y actos intimidatorios"*".



La actuación de otros acusados no recibe reproche penal alguno, y, sin embargo, a ellos se les considera autores de un delito de desórdenes públicos, lo que carece de lógica.

b) Vulneración de los derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE; art. 9 CEDH), a la libertad de expresión (art. 20 CE; art. 10 CEDH) y a la libertad de reunión (art. 21 CE; art. 11 CEDH).

La interpretación del artículo 557 del CP. que realiza el auto impugnado vulnera los derechos fundamentales enunciados, porque la actuación de D. Bartolomé se enmarcó en el ejercicio de tales derechos.

No se ha tenido en cuenta que no ejercía cargo público alguno, sino que era un líder de un movimiento social de la sociedad civil. El rigor punitivo mostrado por la Sala, se alega, " *produce un innegable efecto desaliento a cualquier ciudadano que, de forma pacífica, a través de la desobediencia civil o con medios incluso molestos desee participar o liderar un movimiento social de protesta contra el modelo de Estado o cualquier otra cuestión con trascendencia política en su comunidad*".

2.1.2. Para la desestimación de las alegaciones relacionadas con la posible vulneración del principio acusatorio, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho de defensa (art. 24.2 CE) y el principio de legalidad (art. 25 CE), hemos de ampararnos en todos y cada uno de los razonamientos expuestos en nuestro auto, que damos íntegramente por reproducidos y que, por su contenido y alcance, descartan las vulneraciones denunciadas.

Parte dicha resolución como premisa metodológica, y así lo declaramos expresamente, del más absoluto respeto a los hechos declarados probados en la sentencia dictada en esta causa especial, los cuales, de hecho, se reproducen literalmente en varios de sus razonamientos para enmarcar y amparar los argumentos que en ella se contienen. Porque el objeto del auto de esta Sala, como en él expusimos, era realizar un renovado juicio de tipicidad, para comprobar si la porción de injusto abarcada en los nuevos preceptos penales permitía subsumir la narración fáctica sobre la que se sostenía la condena por los delitos de sedición y malversación.

Una clara muestra de lo expuesto es el apartado 4.1.3. de nuestra resolución, referido a la actuación de los Sres. Bartolomé y Bernabe .

Previamente, en su apartado 4.1.2., la Sala analiza con detalle las exigencias derivadas del principio acusatorio y del derecho a un proceso con todas las garantías y cómo tales exigencias impiden, precisamente, " *reescribir el factum*" y con ello, frente a las pretensiones de la Fiscalía, la Abogacía del Estado y la acusación popular, considerar a todos los condenados por el delito de sedición del derogado artículo 544 del CP autores del nuevo delito de desórdenes públicos del artículo 557 del CP.

Este juicio de autoría, sin embargo, sí es posible, sin vulnerar tales derechos, con respecto al Sr. Bartolomé (y al Sr. Bernabe).

Sin duda existen diferencias entre el delito de sedición del derogado artículo 544 del CP y el nuevo delito de desórdenes públicos del artículo 557 del CP, que esta Sala revela con claridad en su resolución (véase el apartado 4.1.1 de nuestro auto). Con la misma claridad que constata que el nuevo delito de desórdenes públicos exige violencia o intimidación (véase el apartado 4.1.2.).

Pero de esta realidad, que también refleja en su escrito la representación del Sr. Bartolomé, no se derivan, sin embargo, las consecuencias pretendidas. Porque el análisis del relato de hechos probados de la sentencia dictada evidencia la realización por el Sr. Bartolomé de actos de violencia sobre las cosas y actos intimidatorios que, como destacamos, tenían pleno encaje en el delito de sedición del derogado art. 544 del CP. y ahora son subsumibles en el delito de desórdenes públicos; sin que resulte sostenible afirmar, por otro lado, en este trámite de revisión tras la reforma operada por la LO 14/2022, que aquél no tuvo la oportunidad de defenderse en su momento de todos y cada uno de los hechos comprendidos en el *factum* (que son los se someten al juicio revisorio derivado de la reforma legal) o que estos se le atribuyen sorpresivamente.

2.1.3. También ha de desestimarse las posibles vulneraciones de los derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE; art. 9 CEDH), a la libertad de expresión (art. 20 CE; art. 10 CEDH) y a la libertad de reunión (art. 21 CE; art. 11 CEDH).

Estas posibles vulneraciones se amparan en la alegación de que la actuación de D. Bartolomé se enmarcaba en el ejercicio de los derechos fundamentales mencionados y que, por tanto, su condena disuade del ejercicio de tales derechos; cuestión esta ya resuelta reiteradamente por esta Sala, tanto en la sentencia dictada como en el auto que desestimó la nulidad planteada contra aquella y que, precisamente por ello, excede del cauce procesal en el que nos encontramos.

2.2. Incidente planteado por la representación de D. Abilio .



2.2.1. Las vulneraciones de derechos fundamentales que la representación del Sr. Abilio imputa al auto de 13 de febrero de 2023 son, resumidamente, las siguientes:

a) Vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal previsto en el artículo 25 de la Constitución Española.

Se argumenta que se ha vulnerado el derecho a la legalidad penal por indebida inaplicación del artículo 433 del CP, según redacción actual; por vulneración del principio de proporcionalidad en la aplicación del artículo 432 del CP. (según redacción actual); y por indebida aplicación del artículo 432 del CP. (según redacción vigente a fecha de los hechos).

La voluntad del legislador y la exposición de motivos de la reforma del Código Penal de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, distinguen entre conductas en que el autor pretende lucrarse "a nivel individual", de otras en que se hace "uso o disposición de los fondos públicos fuera de los cauces y/o finalidades legalmente admitidas", de manera que las primeras están castigadas con mayor pena, por ser consideradas más graves.

La conducta del Sr. Abilio debería incardinarse en los delitos previstos en los artículos 432 bis o 433 del CP, y no en el delito previsto en el artículo 432 del CP. Se cuestiona que la Sala equipare la gravedad de la apropiación indebida de fondos públicos con el compromiso de partidas de gasto para la satisfacción de intereses colectivos de legalidad dudosa o, incluso, con relevancia penal.

Los exconsejeros de la Generalitat condenados en el caso habrían comprometido partidas de gasto para la celebración de un referéndum, que obraba en el programa político de varios partidos que ganaron elecciones con mayorías amplias. Las encuestas oficiales indicaban que más del 50% de la población catalana habría estado de acuerdo con la celebración de un referéndum, con independencia del consentimiento del Gobierno de España. La convocatoria del referéndum, se añade, "(...) se enmarcaba en el ejercicio del derecho fundamental a la protesta" y la aprobación (no efectiva liquidación) del gasto no puede equipararse a su apropiación, con ánimo de lucro estrictamente personal.

Se denuncia, además, que la interpretación que se ha realizado del artículo 432 del CP. es contraria al principio de proporcionalidad y exige "un sacrificio excesivo de los derechos a la reunión pacífica (art. 21 CE), libertad de expresión (art. 20 CE), libertad ideológica (art. 16 CE) y libertad personal (art. 17 CE)". No se ha tenido en cuenta la gravedad de la conducta enjuiciada, la afectación de los derechos fundamentales, el riesgo de "efecto desaliento" del castigo impuesto y las posibilidades de atenuación de la pena con que contaba la Sala sentenciadora.

La pena de doce años de inhabilitación absoluta y la que correspondería de privación de libertad son desproporcionadas. Se destaca que la pena de prisión podría reestablecerse, en tanto en cuanto el indulto concedido se encuentra recurrido, y podría determinarse en un rango de seis a ocho años. La pena de inhabilitación absoluta, por su parte, es la misma que la impuesta en sentencia, aun cuando esta lo fue por un concurso medial entre el delito de malversación y el de sedición, que ha sido derogado, sin que el delito de desobediencia pueda justificar el mantenimiento de la pena, pues está castigado con penas mucho más leves que la sedición. Se subraya, además, que se ha impuesto la pena por encima del mínimo legal y que el delito de malversación agravado contempla unas penas extraordinariamente elevadas, comparables con las de algunos de los delitos más graves del ordenamiento jurídico.

La conducta del Sr. Abilio "se sitúa en el umbral mínimo de tipicidad de esta figura delictiva": las cuentas de la Generalitat de Cataluña se encontraban intervenidas por el Ministerio de Hacienda; el Ministro aseguró (en una intervención en el Congreso de los Diputados) que no se había destinado cantidad alguna para la organización del referéndum; y al Sr. Abilio se le imputa la mera aprobación del gasto, que no el gasto efectivo, sin que hubiera detrimento del patrimonio público.

Esta falta de menoscabo del patrimonio público se confirmaría, se alega, por una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, en la que se considera no debido el pago de dos facturas por los servicios de comunicación de la convocatoria de referéndum. También por el desistimiento en la reclamación del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Cuentas. De todo ello, se deduce que la conducta de D. Abilio era más propia de una tentativa que de un delito consumado y, pese a ello, se ha castigado como delito consumado y se ha impuesto la pena por encima del mínimo legal. La autoría de Abilio se ha construido sobre una posición de garante genérica, solo fue requerido por el Tribunal Constitucional en una ocasión y su predecesora en el cargo ya había comprometido el gasto.

Al respecto de la "menor entidad de la malversación" se señala, también, que los condenados realizaron su conducta tras haber expresado públicamente sus intenciones, haberlas incluido en los programas electorales (aprobados por las Juntas Electorales) y bajo "los focos mediáticos". Por ello, según se expone, tanto el Tribunal Constitucional como el Ministerio de Hacienda (entre otras autoridades públicas) pudieron realizar

actuaciones tendentes a anular o suspender las actuaciones del Gobierno de la Generalitat o a intervenir sus cuentas. Se señala que, por estos motivos, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha desestimado la reclamación del pago de las facturas correspondientes a los servicios de comunicación a que se ha hecho referencia. Considera que, en consecuencia, la Sala debería haber acudido a alguna vía de atenuación de la pena y a interpretar, de forma restrictiva, el artículo 432 del Código Penal.

La representación procesal del Sr. Abilio también subraya " *el indudable efecto desaliento que la interpretación de los nuevos tipos de malversación sostenida por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo tiene respecto del ejercicio de derechos fundamentales como los de libertad ideológica (art. 16 CE), libertad de expresión (art. 20 CE) y libertad de reunión (art. 21 CE)*". El concepto de ánimo de lucro que se ha mantenido por la Sala, en la interpretación del delito previsto en el artículo 432 del Código Penal, tiene un " *inevitable efecto desaliento en quienes puedan tener la intención de ocupar cargos públicos para impulsar acciones o movimientos de protesta enmarcados en el ejercicio de derechos fundamentales desde las instituciones.*".

Se afirma, por otro lado, la existencia de " *graves incoherencias valorativas internas*" en la valoración sostenida por la Sala, particularmente, si se parte de las realizadas para individualizar la pena del Sr. Abilio en la sentencia dictada. Así, tras explicar cuáles fueron aquellas, se afirma: "Ahora, en el año 2023, tras la derogación del delito de sedición previsto en el antiguo art. 544 Cp, la Sala entiende que procede mantener la misma pena de inhabilitación absoluta al Sr. Abilio : 12 años. La pena que en 2019 reflejaba el desvalor de dos delitos de notable gravedad se justifica ahora por la (supuesta) comisión de uno solo de ellos. A esto hay que añadir que, a día de hoy, el legislador democrático atribuye penas muy inferiores al delito de malversación subsistente, aunque la Sala descarte su valoración. Es cierto que el tipo agravado de malversación del anterior art. 432 Cp tiene prevista una pena de inhabilitación de 10 a 20 años, estando los 12 años impuestos por la Sala más cerca del límite inferior que del superior. Pero no es menos cierto que en el momento de individualizar la pena en el año 2019 el Tribunal podía haber impuesto una pena de inhabilitación de 24 años -incluso más- si consideraba que el desvalor de la malversación merecía una reacción punitiva de 12 años de inhabilitación".

En este marco concluye que estamos ante una *reformatio in peius* y que la despenalización del delito de sedición no le ha supuesto ningún beneficio

b) Vulneración del derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE, 6 CEDH).

Se alega que se ha infringido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional relativa a la valoración en segunda instancia, en perjuicio del reo, de elementos de hecho o cuestiones jurídicas, puesto que la interpretación que la Sala ha realizado del artículo 432 del Código Penal requiere una valoración del ánimo de lucro, elemento subjetivo, que se ha realizado sin que se le haya escuchado al respecto, ni haya habido debate contradictorio sobre ello. No se le ha dado audiencia en el trámite de revisión.

c) Vulneración del derecho a la libertad ideológica, de expresión y reunión (arts. 16, 20 y 21 CE; arts. 9, 10 y 11 CEDH).

Se reitera que la interpretación del delito previsto en el artículo 432 del CP. tiene " *un indudable efecto desaliento respecto del ejercicio de los derechos a la libertad ideológica, de expresión y de reunión previstos en los arts. 16, 20 y 21 CE y arts. 9, 10 y 11 CEDH*".

d) Vulneración del principio acusatorio, en relación con los derechos fundamentales a conocer la acusación formulada, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, según lo previsto en el artículo 24 de la Constitución española.

La Sala ha realizado un nuevo juicio de tipicidad y condena al Sr. Abilio por un delito de desobediencia, en concurso medial con un delito de malversación, sin que hubiera sido acusado por el delito de desobediencia, que considera no homogéneo con el de sedición. La concurrencia de los elementos típicos del delito de desobediencia no fue objeto de debate contradictorio y su condena por este delito ha vulnerado los derechos fundamentales enunciados.

2.2.2. También el incidente formulado por la representación del Sr. Abilio ha de ser desestimado.

2.2.2.1. Debemos partir, como en el caso del anterior incidente y como lo hace nuestro auto, de los hechos declarados probados en la sentencia dictada y de la subsunción jurídica que de ellos se hizo entonces para, a continuación, proceder a realizar el juicio revisorio que impone la reforma legal, el cual, como hemos declarado, no autoriza a " *un cambio de calificación construido a partir de "retales de tipicidad" que son dispuestos de forma voluntarista para encajar los hechos probados en los nuevos preceptos*".



Es obvio, pues, que cualquier argumentación destinada a "reconsiderar" el citado factum o su subsunción jurídica, conforme a la legislación en vigor cuando se dictó sentencia en esta causa, está necesariamente destinada al fracaso. Si este incidente no es un recurso contra el auto de 13 de febrero de 2023, menos aún lo es contra la sentencia dictada en esta causa especial.

En este marco, damos por reproducidos los extensos argumentos aportados en nuestro auto (apartados 4.4.1 y 4.4.2) y que han permitido concluir a esta Sala que los hechos declarados probados en su día no son subsumibles en los nuevos artículos 432 bis o 433 del CP.

Ninguno de los acusados en esta causa lo fue, como se insiste, por comprometer partidas de gasto para la satisfacción de intereses colectivos ni, menos aún, para financiar una actividad enmarcada en el ejercicio de un derecho fundamental. Al contrario, esta Sala, como reflejamos en el auto cuestionado, consideró acreditado que el caudal de dinero público puesto al servicio de la financiación del referéndum ilegal (promovido y alentado desde los órganos de gobierno autonómico) encerraba un ejemplo paradigmático del desvío de fondos presupuestarios para el ejercicio de una actividad ilegal.

Por tanto, y como ampliamente desarrollamos en nuestra resolución, ni estos fondos públicos se destinaron temporalmente a un fin privado (nuevo artículo 432 bis del CP); ni tampoco se aplicaron a una finalidad pública diferente de aquella a la que estaban adscritos presupuestariamente (nuevo artículo 433 del CP).

Su destino fue la financiación de un referéndum que previamente había sido declarado ilegal; lo cual es un hecho incontrovertido.

Es patente, por otro lado, pero es preciso destacar, al hilo de las alegaciones formuladas por el Sr. Abilio y por otros condenados en esta causa, que el interés público no se identifica con el de la autoridad o funcionario público que en cada momento detente el poder. De la misma manera que el simple hecho de que sea una autoridad o funcionario quien decida dar una aplicación concreta a unos fondos públicos no convierte a esa aplicación en legítima. Menos aún si ha sido declarada delictiva o antijurídica.

Si una autoridad o funcionario público destina fondos públicos a una actividad delictiva o antijurídica -en nuestro caso, la celebración de un referéndum prohibido judicialmente- lo que existe, sencillamente, es una distracción de fondos públicos por parte de aquellos que son los encargados de definir su destino y que, al actuar de la manera expuesta se apropian de estos fondos. Y como tal acto apropiativo implica ánimo de lucro.

Este ánimo de lucro, como venía sosteniendo una jurisprudencia reiterada de esta Sala, no se identifica exclusivamente con el propósito de enriquecimiento y está comprendido en el comportamiento de aquellos que, como los acusados, quebrantan su deber de lealtad con la Administración y deciden dar a los fondos públicos una finalidad inequívocamente ilegal. Como decíamos en nuestro auto, no puede sostenerse una interpretación del artículo 433 del CP. que premie a la autoridad o funcionario público que excede los márgenes de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de fondos públicos.

En definitiva, los hechos por los que fue condenado el Sr. Abilio tienen ahora plena cabida en el artículo 432.1 y 2 del CP, sin que ello implique, como adelantábamos, vulneración alguna de los derechos fundamentales denunciados. Como tampoco ningún "efecto desaliento" en su ejercicio, particularmente, como se alega, respecto a aquellos que tengan la intención de ocupar cargos públicos para impulsar acciones o movimientos de protesta enmarcados en el ejercicio de estos derechos. Poco o nada tienen que ver estas consideraciones con los hechos declarados probados en su día.

De la misma manera nada aporta al juicio revisorio realizado por esta Sala que los condenados, como se alega, *"realizaron su conducta tras haber expresado públicamente sus intenciones, haberlas incluido en los programas electorales (aprobados por las Juntas Electorales) y bajo "los focos mediáticos"*.

Tampoco se aprecia vulneración alguna del principio de proporcionalidad. La vulneración de este principio se conecta, por un lado, con la subsunción errónea en el nuevo artículo 432.1. y 2 del CP, que ya hemos descartado; y por otro, con el mantenimiento de la pena impuesta, atribuyendo también a esta Sala incoherencias valorativas en este concreto aspecto.

Al respecto, cabe indicar que la desaparición del delito de sedición, y como explicamos en nuestro auto, con la consiguiente ruptura del concurso medial con esta infracción, nos sitúa en un nuevo marco punitivo, que autorizaría la imposición de una pena mínima de quince años de inhabilitación absoluta asociada al delito continuado de malversación de caudales públicos.

Al Sr. Abilio no se le ha modificado la pena de doce años de inhabilitación absoluta, que se encuentra cumpliendo, y que fue individualizada en su momento conforme a los criterios expuestos en la sentencia dictada, ajenos a cualquier desproporción y conformes al principio de culpabilidad.



Por último, y con respecto a las alegaciones relacionadas con la posible vulneración del derecho de defensa, del derecho a un proceso con todas las garantías y el principio acusatorio, solo hemos de añadir que es obvio que el nuevo juicio de tipicidad que realiza esta Sala, como decíamos al resolver el incidente del Sr. Bartolomé, no ha vulnerado el principio acusatorio y, menos aún, implica una *reformatio in peius*. Ningún juicio revisorio se ha realizado sobre el *factum* y, en consecuencia, ningún elemento se añade al tipo objetivo y subjetivo del delito de malversación objeto de condena.

2.2.2.2. Respecto al delito de desobediencia, cuya condena también se objeta, debemos incidir de nuevo en que basta leer los hechos que se subsumen en dicha infracción (como consecuencia de la derogación del delito de sedición) y que resalta nuestro auto (apartado 4.1.4) para descartar cualquier vulneración del principio acusatorio, derivada, particularmente, de que algunos de ellos no fueron objeto en su momento de debate contradictorio. Es obvio que tales hechos ocuparon, en gran medida, el debate desarrollado durante el juicio.

2.3. Incidente planteado por la representación de D. Pedro Miguel

2.3.1. Según la representación del Sr. Pedro Miguel nuestro auto ha incurrido, en síntesis, en las siguientes vulneraciones de derechos fundamentales:

a) Vulneración de los principios de legalidad y proporcionalidad penal, del derecho a la defensa y a conocer la acusación, por falta de aplicación de la norma más favorable al condenado.

Discrepa de la decisión de mantener la pena de inhabilitación absoluta, pese a que ha desaparecido el delito de sedición. Al aplicar el artículo 432.2 *in fine*, la Sala se aparta de la opción de política criminal descrita por el legislador, que estableció que " *el contexto social actual exige una redefinición del sistema de respuesta penal a conductas de gestión del patrimonio público, huyendo de la regulación introducida en 2015 que no hacía distinción entre conductas de diverso reproche*".

El juicio de tipicidad se debe realizar entre el delito previsto en el artículo 432 del CP., malversación por apropiación, o el previsto en el artículo 433 del CP., malversación por desviación.

La calificación jurídica debe tener en cuenta las circunstancias del caso y los hechos de la sentencia, y sus argumentos ponían de relieve la existencia de una administración desleal de patrimonio público, sin ánimo de lucro, lo que excluye una apropiación indebida. La sentencia justificaba que los hechos tenían encaje en la malversación introducida en el Código Penal por la reforma de 2015, por constituir tal administración desleal, incluso con remisión al artículo 252. Por el contrario, no hacía referencia a apropiación indebida, ni al artículo 253 del Código Penal.

La interpretación del auto cuestionado, para "construir" una apropiación, es forzada y en perjuicio del condenado. La conducta descrita en los hechos probados constituye una aplicación de fondos públicos a fines prohibidos por el Tribunal Constitucional, y la redacción del artículo 432 del Código Penal ha prescindido de las conductas de desvío, propias de una administración desleal.

La sentencia, por otro lado, no hace referencia al ánimo de lucro, elemento incorporado al tipo por la reforma. La interpretación gramatical y sistemática, así como la voluntad del legislador requiere la presencia de este ánimo de lucro y su asimilación a un *animus rem sibi habendi* no tiene sentido en el presente caso, pues debería reservarse a conductas apropiatorias de destino del patrimonio público a uso o fines privados.

La interpretación del ánimo de lucro que se ha realizado en el auto impugnado no se corresponde con la de la jurisprudencia de la Sala, ni con la opinión de la doctrina. El ánimo de lucro conlleva la incorporación del patrimonio al dominio del autor, y la generación de una ventaja económica, y este ánimo de lucro no se declaró probado ni se analizó en la sentencia. Tampoco fue objeto de acusación, ni de discusión en el acto del juicio, por lo que se ha infringido el principio acusatorio.

La interpretación dada al artículo 432 del CP. hace, además, prácticamente inaplicable el artículo 433 del CP. y el auto no razona qué tipo de conductas quedarían integradas en este último artículo.

Los hechos, se insiste, tendrían encaje en el delito previsto en el artículo 433 del Código Penal, que se refiere a "aplicación pública" del patrimonio, lo que también abarcaría la disposición para fines "ilegales".

Se ha recuperado la redacción del artículo 397 del Código Penal de 1973 y así lo ha entendido la Abogacía del Estado y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en auto de 15 de noviembre de 2016, en el que indicó que " *la tipicidad de la malversación descansaba en el empleo del patrimonio público para usos particulares, bien del propio sujeto malversador, bien de un tercero*".

Se reitera que se ha obviado la " *interpretación auténtica de la ley*", que el legislador la ha modificado para evitar una equiparación entre conductas de apropiación y conductas de administración desleal del patrimonio público. No resulta de aplicación el artículo 432 del Código Penal.



Se alega, además, que la sentencia prescindió del análisis de la existencia de un daño o entorpecimiento al servicio público. Y se señala " *el único debate posible, respecto a los hechos probados, tiene que ver con las posibilidades de aplicar el inciso 2º del artículo 433 CP vigente (conducta de desviación que no suponga daño o entorpecimiento grave del servicio público) o bien entender que dicha conducta implicaría incluso un desvalor que los hechos probados no satisfacen, tesis esta que fue la que se defendió en el trámite de alegaciones, sugiriendo además la idea de la imposibilidad de sancionar el delito instrumental (malversación) una vez desaparecido el delito-fin (sedición).*"

En definitiva, la nueva redacción del Código Penal es más favorable para el condenado y, de ella, no se deriva responsabilidad penal para el Sr. Pedro Miguel o, a lo sumo, debería aplicarse el artículo 433 del Código Penal.

La interpretación del delito de malversación, se añade, debe " *permitir un espacio de graduación de la responsabilidad penal que no convierta la regulación de la malversación en un espacio que haga imposible atemperar la respuesta penal para hechos que naturalmente pueden presentar distintas manifestaciones y merecer distintos reproches*". De esta forma, la interpretación mantenida por la Sala imposibilita una respuesta punitiva proporcional a los hechos, pues impide la adecuación de la sanción a la gravedad de la conducta.

b) Vulneración del principio de proporcionalidad penal y de la tutela judicial efectiva, por irracionalidad de la resolución en lo relativo a la determinación de la pena a imponer.

Se denuncia el " *nulo impacto en la determinación de la pena (determinación necesaria para el proceso de revisión de condena) de la desaparición del delito de sedición, que supone una incongruencia insalvable del Auto de esta Excm. Sala.*"

Debería hacerse una comparación entre la sanción correspondiente a la concurrencia de los delitos de sedición y malversación y la correspondiente a la concurrencia, únicamente, del delito de malversación. Es irracional que la desaparición del delito de sedición no tenga consecuencia en la pena impuesta. El Tribunal Constitucional desestimó una vulneración del principio de proporcionalidad de las penas, por cuanto existía un concurso medial entre ambos delitos. Se destaca que, sin ser firme el indulto, la pena no ha sido extinguida de forma firme, y que el criterio mantenido por la Sala podría afectar también al cálculo de la pena de prisión correspondiente al delito de sedición.

La Sala tuvo en cuenta, en la imposición de la pena, la gravedad de los hechos que constituían delito de sedición y estos hechos son atípicos actualmente, lo que se evidencia en el propio auto cuestionado.

c) Vulneración del derecho a la representación y participación políticas por el indebido mantenimiento de la pena de inhabilitación absoluta.

El mantenimiento de la pena de inhabilitación absoluta vulnera sus derechos de representación y de participación política. Se indica que " *... la resolución recurrida mantiene el destierro político de mi mandante y le impide asumir cualquier cargo de representación política hasta el año 2031*". Considera que el fin que se pretende es el " *... silenciamiento de una opción política determinada, simbolizada en este caso por el silenciamiento de sus líderes políticos más preeminentes*". Se sostiene que la falta de revisión de la condena " *... es la fórmula de mantener la finalidad de silenciamiento político de mi mandante, inaplicando la ley penal vigente más favorable, de la misma forma que se inaplicó en su día la ley de la Unión (y su régimen de inmunidades) para anular los derechos políticos del Sr. Pedro Miguel y conservar soluciones legales de respuesta a un vacío normativo que no se acepta*".

2.3.2. El incidente planteado por la representación del Sr. Pedro Miguel también ha de ser desestimado.

2.3.2.1. Con respecto a las posibles vulneraciones de derechos fundamentales derivadas de la subsunción jurídica de los hechos probados en los artículos 432.1. y 2 del CP., nos remitimos a las consideraciones realizadas al examinar el incidente planteado por el Sr. Abilio, que damos íntegramente por reproducidas.

Es preciso, si acaso, dada alguna de las alegaciones que se realizan, recordar que, como decíamos en nuestro auto, " *el simple hecho de que el destino de los fondos públicos se presente como una decisión emanada de la autoridad o funcionario con capacidad para administrar esos fondos y, por tanto, para decidir su aplicación*" no debe conducir a la aplicación del tipo atenuado del artículo 433 del CP.

En definitiva, " *aplicar los fondos públicos de la Generalitat para la financiación de una consulta popular que desbordaba el marco competencial de quienes la promovían, desarrollada después de reiterados requerimientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia para evitarla y, en fin, orientada a un proceso secesionista que no llegó a tener virtualidad, nunca podrá considerarse "...una aplicación pública diferente" de aquella a que estaban presupuestariamente adscritos esos fondos. Y, lo que es más evidente, nunca podrá entenderse que se trató de una actuación ausente de ánimo de lucro*".



La interpretación que, a todas luces, resulta insostenible y que, además, no encuentra soporte alguno en la jurisprudencia anterior de esta Sala sobre el delito de malversación, es aquella, según la cual, la aplicación del artículo 433 del CP (que se refiere a "aplicación pública" del patrimonio) abarca la disposición para fines "ilegales"; cualquiera que estos sean, deberíamos añadir.

El comportamiento, en esta causa, de las autoridades encargadas de definir el destino de los fondos públicos implicó, como resaltábamos en nuestro auto, un desvío voluntario de patrimonio público, ajeno a cualquier fin público lícito y careciendo de cobertura presupuestaria.

2.3.2.2. También por las razones expuestas al desestimar los incidentes anteriores, que damos íntegramente por reproducidas, el mantenimiento de la pena impuesta al Sr. Pedro Miguel no vulnera el principio de proporcionalidad.

Como en el caso anterior, en el nuevo marco punitivo, la pena mínima de inhabilitación absoluta por un delito continuado de malversación podría alcanzar los quince años.

Se ha roto el concurso con el delito de sedición, que ha sido derogado, y lo ha sido a todos los efectos por una reforma que, como nuestro auto expresaba con claridad, no se limita a una rectificación de las penas imponibles, sino que reestructura la relación entre los tipos penales de nuevo enunciado; por lo que nuestra tarea exigía más que un mero análisis de contraste entre las penas impuestas, como parece que ahora se reclama.

Precisamente por lo expuesto, no se advierte cómo el mantenimiento al Sr. Pedro Miguel de la pena de inhabilitación absoluta impuesta puede vulnerar sus derechos de representación y de participación política. La limitación de estos derechos es inherente a tal pena impuesta conforme a derecho.

2.4. Incidente planteado por la representación de D. Ángel Daniel .

El escrito presentado por la representación de Ángel Daniel es sustancialmente idéntico al presentado por la representación del Sr. Pedro Miguel , por lo que ha de ser desestimado por los argumentos expuestos en el apartado anterior, que damos íntegramente por reproducidos.

2.5. Incidente planteado por la representación de D^a. Purificación .

2.5.1. Las vulneraciones de derechos fundamentales que la representación de la Sra. Purificación imputa al auto son, resumidamente, las siguientes:

a) Vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por interpretación extensiva contra reo y aplicación analógica *in malam partem* del art. 432 del C.P.

La tipificación de los hechos como delito de malversación de caudales públicos, previsto en el artículo 432, apartados 1 y 2, último párrafo del C.P. vulnera el derecho a la legalidad penal. El legislador indicó, en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, que el artículo 432 del CP. recuperaba el ánimo de lucro para su comisión e incluía la apropiación indebida como única modalidad comisiva, descartando la conducta de desvío constitutiva de administración desleal. La Sala, al considerar que la nueva legislación no es más favorable, ha realizado una interpretación extensiva, en su perjuicio, de los elementos del delito previsto en el artículo 432 del CP. Esta interpretación es contraria a la interpretación auténtica, gramatical, lógica, sistemática e histórica del precepto.

Se pone de relieve que la sentencia calificó, como actos de administración desleal, hechos que el auto impugnado consideró actos apropiatorios, pese a que ello había sido descartado en la sentencia. Esta última consideró, con expresa referencia al artículo 252 del CP., que la Sra. Purificación era autora de un delito de malversación agravada por administración desleal, no por apropiación de fondos públicos, y la conducta de distracción dejó de conformar el delito de apropiación indebida con la reforma del Código Penal del año 2015. La diferencia entre el delito de administración desleal y el de apropiación indebida reside en que el sujeto tenga capacidad para administrar bienes o bien que solo tenga capacidad para tener los bienes en depósito, comisión o custodia. Se subraya que considerar que el término "apropiación" incluye conductas propias de la administración desleal es una interpretación extensiva contra reo, que conlleva una aplicación analógica *in malam partem*.

De igual forma, se señala que se ha producido una interpretación extensiva, *in malam partem*, del concepto "ánimo de lucro" que prevé, como elemento subjetivo del injusto, el artículo 432 del Código Penal.

La reforma del Código Penal dada por LO 1/2015, de 30 de marzo eliminó el ánimo de lucro del delito de malversación y la última reforma supone una vuelta al modelo anterior, que lo requiere. El sujeto activo debe actuar con la intención de lucrarse con la apropiación del patrimonio público, de lograr un enriquecimiento. No es suficiente con que el autor tenga los bienes públicos bajo su dominio personal.



Se subraya que no se consideró probado que hubiera ánimo de lucro, y que no puede asimilarse ese elemento al *animus rem sibi habendi*. Se concluye que una interpretación tan amplia del ánimo de lucro "... *lleva a la anulación del art. 433 en beneficio del art. 432 del CP, contraria al principio de vigencia, pues entendido de forma tan generosa, toda disposición del patrimonio público constituiría una manifestación de ese genérico y amplio "ánimo de lucro"*".

b) Vulneración del derecho a la legalidad penal, por imposición de una pena desproporcionada (art. 25.1 CE y art. 49.3 CDFUE).

El mantenimiento de la pena, tras la revisión, implica considerar a la Sra. Purificación autora de la modalidad más grave de malversación, cuando podría haberse considerado la aplicación del artículo 433 del C.P. Ello a pesar de que su autoría no se deriva de su participación directa y singular, sino de una posición de garante, genérica, por formar parte del Gobierno de la Generalitat, tal y como se indicó en el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo 1599-2020. Su conducta se limitó a suscribir el acuerdo de gobierno relativo a los gastos del referéndum, sin enriquecimiento directo o indirecto con cargo al patrimonio público.

Su actuación atendió a un mandato político, que consistía en la celebración de un referéndum y que se contenía en el programa político de la formación que ganó las elecciones generales; y la convocatoria de referéndums no autorizados se había destipificado tiempo atrás.

Se reitera que la conducta de la Sra. Purificación no es constitutiva del delito previsto en el artículo 432 del C.P., sino del tipificado en el artículo 433, por no haberse apropiado de dinero público para su enriquecimiento personal.

La pena asociada al delito previsto en el artículo 433 del CP, correspondiente a una desviación de fondos públicos, es más adecuada, pues constituye una sanción atemperada y, se reitera, por tener los hechos mejor encaje en el tipo. Se pone de relieve que la interpretación que la Sala ha realizado desvirtúa el reproche que merecen las conductas más graves, en que exista una disposición directa de patrimonio público para incorporarlo al patrimonio privado del sujeto activo. Se señala que el tipo previsto en el artículo 433 del CP. abarca la disposición del patrimonio público para fines "ilegales", pues se refiere a la "aplicación pública" (y no a la "aplicación a funciones públicas" o a "fines públicos") del patrimonio, y que este criterio también se mantuvo por la Abogacía del Estado. A ello se añade que esta interpretación es acorde con el artículo 397 del Código penal de 1973, y que la exposición de motivos de la reforma del Código Penal de la LO 14/2022 indica que "... *la reforma implica un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015*".

Finalmente, se destaca que la aplicación del artículo 432 del Código Penal, en lugar del artículo 433, afectaría a la libertad personal de la Sra. Purificación, en caso de estimarse los recursos presentados contra su indulto, y también a su derecho de participación en los asuntos públicos del artículo 23 de la Constitución Española.

c) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE y art. 49.3 CDFUE) por irracionalidad en la determinación de la pena.

Es irrazonable el mantenimiento de la pena de inhabilitación que se le impuso. Se argumenta que, en sentencia, fue condenada por la comisión de un delito de malversación como medio para cometer un delito de sedición; y que, tras la revisión, ha sido considerada autora de un delito de desobediencia, en concurso real con un delito de malversación. Se señala que el delito de desobediencia es menos grave que el de sedición (agravado) por el que inicialmente fue condenada. En consecuencia, no puede mantenerse la pena impuesta y que lo contrario vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, así como la tutela judicial efectiva por irracionalidad.

d) Vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

No pudo defenderse la Sra. Purificación de los elementos que configuran el delito de malversación del artículo 432 del C.P., en su redacción tras la reforma del Código.

Así, no pudo defenderse del elemento "ánimo de lucro", por cuanto no formaba parte del elemento del tipo antes de la reforma y, por ello, no se integró en la acusación. Este elemento no formó parte del debate en el juicio oral, no existió contradicción sobre ello, y la defensa no solicitó prueba de descargo al respecto, por cuanto era impertinente (inútil).

e) Vulneración del derecho de representación y participación política (art. 23 CE).

El mantenimiento de la pena de inhabilitación absoluta supone "*una vulneración del derecho de representación y participación política, previsto en el art. 23 de la CE y del art. 3/P1 del CEDH, pues le priva definitivamente de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenía y le incapacita para obtener los mismos o cualesquiera*



otros honores, cargos o empleos públicos, y para ser elegida para cargo público (art. 41 CP) hasta el 10 de octubre de 2031".

2.5.2. El incidente de nulidad formulada por Dña. Purificacion ha de ser igualmente desestimado.

Para ello damos íntegramente por reproducidos los argumentos expuestos en nuestro auto de 13 de febrero de 2023 y en los apartados anteriores de esta resolución, puesto que los argumentos destinados a combatir aquél coinciden esencialmente.

2.5.2.1. La Sra. Purificacion , como en realidad, todos los promoventes de este incidente, discrepan de la interpretación jurídica que esta Sala realiza de los nuevos artículos 432, 432 bis y 433 del CP. Una discrepancia legítima, pero que no revela la vulneración de ninguno de los derechos fundamentales alegados. La interpretación realizada por esta Sala es absolutamente respetuosa con las garantías derivadas del principio de legalidad penal y no conlleva ninguna aplicación analógica de la norma penal.

En este marco, las razones por las que el comportamiento de la Sra. Purificacion y la de los demás condenados debe ser subsumido en el artículo 432 del CP ya han sido explicadas ampliamente por esta Sala y no exigen mayores precisiones.

Se insiste que esta Sala, de alguna manera, "ha mutado" la naturaleza de los hechos probados de la sentencia para forzar su incardinación en el artículo 432 CP, convirtiendo en actos apropiatorios lo que allí eran mera actos de administración desleal. Pero, como decíamos en nuestro auto, "que los actos de deslealtad cometidos por los acusados, ejecutados en una acción concertada, fueron también actos apropiatorios se obtiene de distintos pasajes del factum. Así, por ejemplo, se alude a la contumaz y persistente actitud compartida de celebración del referéndum ilegal: "...ello determinó al acusado Sr. Pedro Miguel -en concierto con los acusados que luego se dirán- a intentar ocultar los gastos realizados para la celebración del referéndum , ya disimulando su finalidad mediante un cambio de etiquetado, ya canalizándolos como parte de muy diversas partidas presupuestarias, atribuyéndoles la finalidad o destino que eran propios del resto de la partida presupuestaria. Se disimulaba así su específico destino a la ilícita consulta".

Porque lo que se acordó por los condenados, como también decíamos allí, fue la adscripción de los fondos públicos " a una actividad delictiva impulsada por ellos mismos y que está en el origen de su condena por un delito de desobediencia".

2.5.2.2. Sobre el mantenimiento de la pena impuesta a la Sra. Purificacion nos remitimos igualmente a las consideraciones ya realizadas en los apartados anteriores de esta resolución.

Idéntica remisión ha de realizarse respecto a la interpretación del "ánimo de lucro" que, insistimos, no se identifica, de conformidad con una jurisprudencia reiterada de esta Sala, exclusivamente, con el enriquecimiento personal y está comprendido en el comportamiento de aquellos que, como los acusados, quebrantan su deber de lealtad con la Administración y deciden dar a los fondos públicos una finalidad inequívocamente ilegal. Como señalábamos en nuestro auto no puede sostenerse una interpretación del artículo 433 del CP que premie a la autoridad o funcionario público que excede los márgenes de la habilitación que le ha sido concedida para definir el destino de fondos públicos.

Es obvio, por otro lado, que la Sra. Purificacion , como todos los demás condenados por malversación, tuvieron la oportunidad de defenderse ampliamente del comportamiento delictivo que se les imputaba que, reiteramos, no se modifica en el auto impugnado.

Por último, no se advierte en qué medida el auto dictada por esta Sala vulnera el derecho de representación y participación política de la Sra. Purificacion .

En atención a todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR los incidentes de nulidad promovidos contra el auto de 13 de febrero de 2023 dictado en esta causa especial núm. 20907/2017 y promovidos por las representaciones procesales de D. Bartolomé , D. Abilio , D. Pedro Miguel , D. Ángel Daniel y Dña. Purificacion .

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.