

RESUMEN

Tratándose, en el caso, de un delito de prevaricación ante el hecho de que un Alcalde ante la inseguridad de perder su cargo por una moción de censura contra él, excediéndose de sus competencias y obviando el procedimiento establecido para ello, dictó un decreto recusando a uno de sus opositores con la única finalidad de que no prosperase ésta. La Sala mantiene, entre otros pronunciamientos, que la alegación mantenida por la parte recurrente, a su vez acusada, sobre la indebida aplicación del art. 542 CP 1995 pues considera que es de aplicación el principio de especialidad, debe ser estimada ya que el delito de prevaricación absorbe las consecuencias jurídicas producidas por la aplicación torcida del derecho. En este caso, la privación del ejercicio del derecho al voto de un Concejal no puede constituir una infracción legal independiente, pues en realidad, la prevaricación es una forma especial de privar antijurídicamente a otro de un derecho. Consecuentemente, el art. 542 CP 1995 no debió ser aplicado porque así lo dispone el art. 8,1 CP 1995.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

art.404 art.542

Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

art.29.4

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

art.25.1

RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

art.851.1

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PREVARICACIÓN

Otras cuestiones

LEY PENAL

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

PENALIDAD

CLASES DE PENAS

Penas privativas o restrictivas de derechos

Suspensión de cargo público, sufragio, profesión u oficio

Cargo público

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: *Recurso de casación*

Legislación

Aplica art.404, art.542 de LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Aplica art.29.4 de Ley 30/1992 de 26 noviembre 1992. Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Aplica art.25.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.851.1 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

Cita LO 10/1995 de 23 noviembre 1995. Código Penal

Cita art.21, art.185 de RD 2568/1986 de 28 noviembre 1986. Rgto. Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales

Cita art.267.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.76 de Ley 7/1985 de 2 abril 1985. Reguladora de Bases de Régimen Local

Cita art.9.3, art.24.1 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.194, art.358 de D 3096/1973 de 14 septiembre 1973. TR Código Penal, conforme a la L 44/1971

Cita art.849.1, art.851.3, art.854, art.855 de RDLeg. de 14 septiembre 1882. Año 1882. Ley de Enjuiciamiento Criminal

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de mil novecientos noventa y nueve.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley que ante Nos pende interpuesto por el procesado Julio contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, que le condenó por un delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho procesado, como parte recurrente, representado por el Procurador Sr. Olivares Santiago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 5 de Fuenlabrada instruyó sumario con el número 90/96-PA y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid que, con fecha 2 de Octubre de 1997 dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados: "El acusado Julio, mayor de edad, titular del D.N.I. núm...., sin antecedentes penales, ostentando el cargo de Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Humanes de Madrid desde el 15 de Junio de 1991, y ante la seguridad de perder dicho cargo en la Sesión Extraordinaria del Pleno de dicho Ayuntamiento que iba a celebrarse a las 14 horas del día 19 de Mayo de 1994 para debatir una moción de censura contra el mismo, lo que había sido interesado por escrito de 30 de Abril del mismo año por 7 de los 13 integrantes del Pleno Municipal (todos excepto los pertenecientes a su mismo grupo político), con desprecio de la normativa vigente, obviando íntegramente el procedimiento establecido para ello, excediéndose de sus competencias, y con la única finalidad de evitar que prosperase dicha moción, el mismo 19 de Mayo de 1994, a las 13,15 horas, dictó un decreto recusando a uno de los concejales opositores, D. Lisardo, impidiendo así que éste pudiera ejercer su derecho a votar la moción, logrando de este modo, en la votación final del Pleno y con su voto de calidad, rechazar la misma".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a Julio, como autor responsable de un delito de prevaricación sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de nueve años de Inhabilitación Especial para empleo o cargo público, extendiéndose ésta a todos los empleados o cargos públicos que comporten facultades decisorias, así como a todos aquéllos a los que pueda accederse por elección o libre designación, debiendo asimismo satisfacer las costas causadas.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, será de abono la totalidad del tiempo que permaneció privado de libertad cautelarmente por esta causa.

Sin perjuicio de ulteriores resultas, se ratifica el Auto recaído en la pieza de responsabilidad civil declarando la insolvencia del condenado.

Sin perjuicio de ulteriores resultas, reclámese al Juzgado Instructor la urgente tramitación de la pieza de responsabilidad civil y su remisión a esta Sección.

Esta sentencia, no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de casación, que habrá de prepararse, en la forma prevista por los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación escrita.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes procesales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley por el procesado, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- La representación del procesado basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 404 del vigente CP., antiguo art. 358. Y por inaplicación de los arts. 76 de la L. 7/85, bases de régimen local, y 21 y 185 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales.

Segundo.- Infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 542 CP., antiguo art. 194.

Tercero.- Infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del art. 77 CP., e inaplicación del art. 68 del mismo texto legal.

Cuarto.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 LECr.

Quinto.- Quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 LECr.

Sexto.- Infracción de los preceptos constitucionales por quiebra del principio de legalidad, previsto en el art. 9.3, en relación con el 25.1 del texto constitucional, y del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 24.1 CE.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto la Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de vista y fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, ésta se celebró el día 2 de Junio de 1999.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso se estructura en primer lugar sobre la base de dos motivos por quebrantamiento de forma. El primero (cuarto del recurso) considera que se han introducido en el hecho probado conceptos jurídicos que predeterminan el fallo (art. 851.1 LECr.), dado que en dicho capítulo de la sentencia se afirma que el acusado procedió "ante la seguridad de perder dicho cargo", "con desprecio de la normativa vigente (...)" e "impidió así que éste pudiera ejercer su derecho a votar la moción". El restante quebrantamiento de forma se apoya en el art. 851.3 LECr. y en relación a él se sostiene que en el fallo no se dice si se aplicó el delito del art. 194 CP.

Ambos motivos deben ser desestimados.

1. El quebrantamiento de forma del art. 851.1º LECr. no se ha producido, dado que con las expresiones señaladas por el recurrente no se ha reemplazado la descripción de los hechos por su sola significación jurídica, es decir por su subsunción, de tal forma que el Tribunal de casación no pueda controlar la corrección o incorrección de la aplicación del derecho. Por lo demás se trata de conceptos que si se dejaron de lado en nada impedirían la comprensión de los hechos que la Audiencia ha subsumido bajo los tipos penales que entendió aplicar.

2. El otro quebrantamiento de forma denunciado, tampoco ha tenido lugar, pues un error cometido en el tenor del fallo no significa que la cuestión propuesta no haya sido resuelta. En efecto, en el fundamento jurídico primero, la Audiencia ha especificado que los hechos declarados probados son constitutivos del delito de prevaricación y de otro contra derechos individuales del art. 542 CP. Por lo tanto, la falta de mención de este último delito en el fallo de la sentencia es un error material que debe ser corregido por la vía del art. 267.2 LOPJ.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso está basado en la aplicación indebida del art. 404 CP. e inaplicación de los arts. 76 L. 7/85 y 21 y 185 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las corporaciones locales. El recurrente estima que la resolución dictada no es injusta y que, en todo caso, tuvo un absoluto desconocimiento "de estar cometiendo una injusticia". En particular sostiene el recurrente que tenía facultades para dictar el decreto, que el concejal afectado estaba incurso en motivos de abstención y que mediante la recusación "estaba preservando la legalidad". Asimismo sostiene la Defensa que el acusado obró sin dolo, dado que su propósito era preservar la legalidad, que convocó el Pleno en tiempo y forma, que se basó en un "dictamen jurídico realizado por la Asesoría Jurídica de su partido político". Señala por último que una vez conocida la sentencia de lo contencioso administrativo, el recurrente la acató, haciendo entrega de la Alcaldía.

El motivo debe ser desestimado.

1. La tesis sostenida por la Defensa respecto de la injusticia o arbitrariedad del decreto del Alcalde de 19 de Mayo de 1994 no puede ser compartida por esta Sala. En efecto, la pretensión de utilizar las causas de abstención propias de la gestión administrativa en relación a decisiones puramente políticas del Ayuntamiento, como las mociones de censura, es, en todo caso, una forma arbitraria de privar del voto a un concejal. En efecto, es evidente que tales actos están siempre orientados a la imposición de los propios intereses de un partido o del representante del mismo y no requieren, por su naturaleza, imparcialidad alguna. La antijuricidad de la medida, consecuentemente, está fuera de toda duda.

La jurisprudencia, sin embargo, ha requerido no sólo antijuricidad para configurar el concepto de resolución injusta o arbitraria. A tales fines se ha exigido que dicha antijuricidad tenga una cierta magnitud, que por regla ha sido expuesta mediante adjetivos tales como "clara y manifiesta", "manifiestamente contraria a la ley", "flagrante y clamorosa", etc. Pero, lo cierto es que tales adjetivos se refieren, en realidad, a conceptos sustantivos y lo que, en verdad, quieren señalar es que el concepto de resolución arbitraria o injusta sólo se da cuando la aplicación del derecho realizada por el funcionario no resulta de ningún método aceptable de interpretación del derecho o de la aplicación de principios implícitos o explícitos del ordenamiento jurídico.

En este sentido, el decreto del Alcalde acusado es en primer lugar arbitrario en el procedimiento, toda vez que se adoptó la decisión sin tener competencia para ello y sin audiencia previa del Concejal recusado. La competencia para privar del derecho al voto en una moción de censura sólo podría corresponder al Pleno del Ayuntamiento que es el depositario de la representación popular. La necesidad de audiencia previa surge del art. 29.4 L. 30/92 y de los principios generales que rigen en materia de recusaciones y abstenciones. De acuerdo con estos principios la persona que recusa no puede ser la que resuelve sobre la recusación.

Sin perjuicio de ello, es asimismo claro que el propio Alcalde tenía "interés personal en el asunto", dado que la moción de censura se dirigía contra él. No cabe duda, por lo tanto, que un acto administrativo de un funcionario por el que aplica a otro criterios jurídicos que no se aplica a sí mismo

es arbitrario, dado que no existía ningún fundamento para que el Alcalde privara del voto a un Concejales y al mismo tiempo ejerciera plenamente su derecho al voto en su propio favor.

2. En lo que se refiere al dolo tampoco son admisibles los puntos de vista del recurrente. En efecto, el Alcalde sabía que él mismo tenía interés personal, que entre las funciones de su cargo no estaba la de inhabilitar políticamente a los Concejales y que su interés en el asunto (la moción de censura) no era diferente del que seguramente tenía el Concejales. Por lo tanto, el Alcalde conocía todas las circunstancias del caso de las que se deriva la arbitrariedad y tenía conocimiento, en consecuencia, de los elementos del tipo. El dolo del delito de prevaricación tiene las mismas características que el de todos los delitos: consiste en el conocimiento de las circunstancias que pueden determinar la realización del tipo y se excluye cuando existe error sobre alguno de esos elementos. El recurrente alega, ciertamente, la existencia de un error, pues afirma que ha obrado basándose en "un dictamen jurídico realizado por la Asesoría Jurídica de su partido político". Pero este error no es un error de tipo, que pueda excluir el dolo, ni tampoco un error de prohibición, sino un simple error de subsumción. En efecto, el carácter arbitrario o injusto de la resolución es un elemento normativo del tipo. Como en todos estos casos, el autor no necesita un conocimiento jurídicamente perfecto del elemento jurídico, sino que es suficiente con el "conocimiento paralelo en la esfera del lego", que en este caso se da, en la medida en la que el acusado sabía que estaba en la misma situación que el Concejales respecto de la moción de censura y en la que sólo excluyó a este último del derecho al voto. Es evidente que en estas condiciones no cabe admitir que el recurrente "estaba preservando la legalidad" como dice la Defensa.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso se basa en el art. 849.1 LECr. y en él se sostiene la aplicación indebida del art. 194 CP 1973 y del art. 542 CP. vigente. Sostiene la Defensa que este delito no puede concurrir materialmente, pues la jurisprudencia considera que es de aplicación el principio de especialidad. El contenido de este motivo -apoyado por el Ministerio Fiscal- se reitera en el tercero del recurso.

Ambos motivos deben ser estimados.

El delito de prevaricación absorbe las consecuencias jurídicas producidas por la aplicación torcida del derecho. En este caso la privación del ejercicio del derecho de voto al Concejales, por lo tanto, no puede constituir una infracción legalmente independiente, pues, en realidad, la prevaricación es una forma especial de privar antijurídicamente a otro de un derecho. Consecuentemente, el art. 542 CP. no debió ser aplicado porque así lo dispone el art. 8,1ª CP.

CUARTO.- El último motivo del recurso alega la vulneración del art. 25.1 CE. Sostiene el recurrente que el tipo penal de la prevaricación no describe un hecho concreto, "sino que tipifica conductas" y que por ello, constituye uno de los casos de las "llamadas normas en blanco" (sic). Por tales razones considera que este tipo penal debe ser interpretado "de acuerdo con la realidad social a la que es aplicable" (sic). En particular la Defensa sostiene que la conducta del acusado no está expresamente recogida en un tipo penal del derecho vigente.

El motivo debe ser desestimado.

En realidad, el motivo se superpone con el primero del recurso. Por lo tanto, se lo debe desestimar con los mismos fundamentos ya expuestos supra 2. Allí ha quedado demostrado que se dan todos los elementos del tipo del delito de prevaricación y que, por tal razón, no cabe considerar en modo alguno la vulneración del principio de legalidad que alega el recurrente.

Sin perjuicio de lo antedicho, es preciso subrayar que las normas aplicadas no son normas penales en blanco, sino tipos penales con elementos normativos. En efecto el art. 404 CP. contiene todos los elementos que definen la conducta punible sin que sea necesario para su aplicación recurrir a una ilicitud definida en normas diversas del Código Penal.

Por otra parte, la circunstancia que en las normas del derecho administrativo o electoral no existan penalizaciones expresas referentes al rechazo de mociones de censura, carece totalmente de significación, dado que el art. 404 CP. contiene una norma que garantiza una aplicación recta de todo el derecho vigente. Consecuentemente, la falta de normas penales específicas para la aplicación torcida del derecho administrativo o electoral no significa que en esos ámbitos se haya despenalizado el delito de prevaricación.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a los motivos Segundo y Tercero del recurso de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley interpuesto por el procesado Julio contra sentencia dictada el día 2 de Octubre de 1997 por la Audiencia Provincial de Madrid, en causa seguida contra el mismo por un delito de prevaricación, desestimando los demás motivos del mismo; y en su virtud, casamos y anulamos dicha sentencia, declarando de oficio las costas ocasionadas en este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.- José Augusto de Vega Ruiz.

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

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Junio de mil novecientos noventa y nueve.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 5 de Fuenlabrada con el número 90/96-PA y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid por delito de prevaricación contra el procesado Julio en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 2 de Octubre de 1997, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia dictada el día 2 de Octubre de 1997 por la Audiencia Provincial de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia recurrida, salvo en lo que concierne a la aplicación del art. 542 CP., que se reemplaza.

PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos a Julio como autor responsable de un delito de prevaricación sin que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de ocho años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, extendiéndose ésta a todos Rec. Núm.: 3891/97 Sentencia: 965/99 los empleados o cargos públicos que comporten facultades decisorias, así como a todos aquéllos a los que pueda accederse por elección o libre designación, debiendo asimismo satisfacer las costas de la instancia.

Se dan por reproducidos los demás pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de Octubre de 1997, no modificados por el fallo de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Enrique Bacigalupo Zapater.- Cándido Conde-Pumpido Tourón.- José Augusto de Vega Ruiz.

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