

Roj: **STS 3805/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3805**Id Cendoj: **28079120012017100723**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/10/2017**Nº de Recurso: **549/2017**Nº de Resolución: **709/2017**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que absolvió al acusado D. Lucas, de 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, siendo parte recurrente el Ministerio Fiscal y parte recurrida el acusado D. Lucas representado por el Procurador Sr. Rosch Nadal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla incoó Procedimiento Abreviado con el nº 2 de 2016, dimanante de las Diligencias Previas nº 3 de 2016, que con fecha 10 de febrero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Primero.- En el mes de junio de 2012 el acusado Lucas fue designado por Decreto de Presidencia Consejero de Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía y procedió a la designación de su Gabinete de asesores de confianza, en calidad de personal eventual, en concreto un Jefe de Gabinete, dos Vocales y tres Asesores. Además de este personal eventual adscrito al Gabinete del titular de la Consejería, la normativa preveía otros puestos de trabajo en régimen de personal eventual, que igualmente eran de confianza y libre designación, pero singularizados en cuanto a las funciones concretas a desempeñar, a saber, Director de la Filmoteca de Andalucía, Director del Centro de Documentación Musical de Andalucía, Director del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco y Director para la Cooperación Cultural. SEGUNDO.- A los pocos días de su toma de posesión, ante la inminente refundición de las Delegaciones Provinciales de las Consejerías de Educación y Cultura y Deporte, con la consiguiente pérdida de Delegados Provinciales buscada por la Presidencia de la Junta de Andalucía como medida de reducción del gasto de personal y estructuras administrativas (Decreto 3/2012, de 5 de mayo), el acusado tuvo una reunión con su equipo técnico, entre los que estaban, entre otros, la Secretaria General de Cultura, Daniela (que provenía de Directora General de Turismo con el propio Sr. Lucas, para convertirse luego en Secretaria General de Cultura y, a partir de diciembre de 2012, Viceconsejera de Educación, Cultura y Deporte) la Secretaría General Técnica, Rebeca (cargo que ocupó desde mayo a diciembre de 2012), y dos Directores Generales (Sres. Victor Manuel y Elias). En dicha reunión el acusado preguntó "si podía contar con algún puesto o plaza de eventual más de libre designación, ya que se necesitaba un asesor de la Consejería para temas de cultura en Málaga", dada la importancia y efervescencia cultural y museística que vivía dicha ciudad. Su petición obtuvo respuesta positiva días después por la Secretaría General Técnica, que buscó una plaza de eventual "existente, libre y con dotación presupuestaria". En concreto, la Secretaria General tomó la decisión de utilizar la facultad que confería el Decreto 159/1993, de 13 de octubre, de designar, como personal eventual (y, por tanto, por el sistema de libre designación) a un Director del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco, con sede en Jerez de la Frontera, que inicialmente había quedado



vacante por no considerarse necesario su nombramiento dada la reducción de competencias y funciones de dicho Centro. Dicho lo cual, el acusado dijo a su equipo técnico que buscaran la persona más conveniente, a ser posible relacionada culturalmente con Málaga, de forma que se decidió, sin que conste la persona concreta de quien surgió la iniciativa, proponer a Mauricio , que ocupaba hasta ese momento un puesto de personal eventual en la Diputación de Málaga como coordinador del Grupo Socialista, a quien le transmitieron que sería asesor de cultura para la ciudad de Málaga, donde realizar las tareas de asesoramiento especial y confianza. De esta forma, el acusado, en concepto de Consejero de Cultura y Deporte firmó la Orden de 1 de agosto de 2012 cuyo texto literal consta al folio 102 de las actuaciones, que se da íntegramente por reproducido como parte integrante de este relato histórico fáctico, en virtud de la cual disponía: "Nombrar a D. Mauricio , con D.N.I. nº NUM000 , en el puesto código NUM001 , Director del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco, con efectos administrativos y económicos del día 1 de agosto de 2012, tras lo cual el interesado procedió a la tramitación de su nombramiento, con entrega de la documentación solicitada y obrante a los folios 103 a 113 (que entregó personalmente en la Secretaría General Técnica) donde aparece la oportuna diligencia administrativa de toma de posesión como "nombramiento eventual y carácter de ocupación eventual" y posterior inscripción registral en el SIRhus con los siguientes Datos del Puesto de Trabajo: Denominación: Director, Consejería: Cultura y Deporte, Centro Directivo: D.G. Innovación e Indust. Culturales, Centro Unidad, y Localidad: Jerez de la Frontera (Cádiz). Asimismo, el equipo técnico habilitó un despacho para Mauricio en el Centro Andaluz de las Letras de la Ciudad de Málaga, donde acudía de forma esporádica, sin mantener especial contacto con personal funcionario o laboral de dicho Centro, que solo sabían de su calidad de asesor de la Consejería en temas culturales. Consta igualmente en autos una diligencia administrativa de cese con efectos de 9 de septiembre de 2013 (folio 114) y, seguidamente, la Orden de 10 de septiembre de 2013, firmada por el acusado, en concepto de Consejero de Educación, Cultura y Deporte, cuyo texto literal consta al folio 115 de las actuaciones, que se da íntegramente por reproducido como parte integrante de este relato histórico fáctico, en virtud de la cual disponía: "Nombrar a D. Mauricio , con D.N.I. Nº NUM000 , en el puesto código NUM001 , Director del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco, con efectos administrativos y económicos del día 1 de septiembre de 2013, tras lo cual el interesado procedió a la tramitación de su nombramiento, de igual forma que la vez anterior, constando la oportuna diligencia administrativa de toma de posesión como "nombramiento eventual y Carácter de ocupación eventual" y posterior inscripción registral en el SIRhus con los siguientes Datos del Puesto de Trabajo: Denominación: Director, Consejería: Cultura y Deporte, Centro Directivo: D.G. Innovación e Indust., Culturales, Centro: Unidad y Localidad: Jerez de la Frontera (Cádiz). Por Orden de 16 de junio de 2015, el acusado cesa como Director del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco a Mauricio , a petición propia, con efectos del 12 de junio de 2015, constando la oportuna diligencia de cese e inscripción registral de cese con motivo "revocación nombramiento eventual". TERCERO.- El Decreto 295/1987, de 9 de diciembre, atribuía también al Consejero de Cultura la facultad de designar libremente, como personal eventual, al Director de la Filmoteca de Andalucía, si bien no se procedió inicialmente al nombramiento de ese cargo, en principio existente, vacante y presupuestado. Sin embargo, con motivo del encargo político de desarrollar una ley de cine propia en Andalucía, que constituía un objetivo del Pacto de Gobierno PSOE-IU desaparecida la Viceconsejería de Cultura en el contexto de la refundición antes comentada y consiguiente incremento de las competencias propias (Decreto 4/2013, de 9 de septiembre, que refunde las competencias del área de cultura con las de educación, así como las de deporte), el acusado volvió a preguntar a su equipo técnico las posibilidades de contar con una persona eventual de libre designación para dedicarse especialmente al estudio de derecho comparado sobre ley de cine y posterior confección del anteproyecto legal. A tal efecto, la Sra. Daniela asumió el encargo expreso de dedicarse a esta cuestión, para lo que eran conscientes no se admitían fórmulas de contrataciones ni asesoramiento externo. Y la respuesta fue, de nuevo, positiva. En concreto, la citada Daniela , en contacto con la Secretaría general Técnica, tomaron la decisión de utilizar la facultad que confería el Decreto 295/1987, de 9 de diciembre, de designar, como personal eventual (y, por tanto, por el sistema de libre designación) a un Director de al Filmoteca de Andalucía. Asimismo, se buscó varios candidatos para tal puesto, encargándose directamente de ello la propia Daniela , quien propuso para el puesto a Eulalio , que había obtenido recientemente la licenciatura en Derecho y desempeñado funciones de asesor de Gabinete como personal eventual de la titular de la Consejería de Educación antes de su refundición con la de Cultura y Deporte. De esta forma, el acusado, en concepto de Consejero de Educación, Cultura y Deporte, firmó la Orden de 10 de septiembre de 2013, cuyo texto literal consta al folio 602 de las actuaciones que se da íntegramente por reproducido como parte integrante de este relato histórico fáctico, en virtud de la cual disponía: "Nombrar a D. Eulalio , con D.N.I. nº NUM002 , en el puesto código NUM003 , como Director del Centro Andaluz de la Imagen, con efectos administrativos y económicos del día 10 de septiembre de 2013", tras lo cual el interesado procedió a la tramitación de su nombramiento, con entrega de la documentación solicitada, donde aparece la oportuna diligencia administrativa de toma de posesión como "nombramiento eventual y Carácter de ocupación eventual" y posterior inscripción registral en el SIRhus con los siguientes Datos del Puesto de Trabajo: Denominación: Director, Consejería: Cultura y Deporte, Centro Directivo: Centro Andaluz



de la Imagen, y localidad: Córdoba (folios 603 a 610). El Sr. Eulalio tuvo la entrevista previa y comentó su posible nombramiento con la antes citada Daniela , que fue su interlocutora en todo momento y le confirmó su propuesta de nombramiento y encargo de trabajo. Por otro lado, al desplazarse a las oficinas administrativas para la tramitación del contrato, tuvo conocimiento de que su destino estaba en Córdoba y mostró su sorpresa en tal sentido, si bien se le comentó por persona no identificada que podía desempeñar sus funciones en otro sitio, que no había problemas con que su puesto de trabajo estuviera en otra localidad distinta, que eso era conforme con la ley, que no había problemas con ese tipo de asignación de funciones, incluso recuerda que le hablaron de un determinado artículo cuyo número no pudo recordar, que él desconocía. Asimismo, se habilitó un despacho en el edificio conocido como Torre Triana en Sevilla, asignándole funciones de asesoramiento, en concreto un estudio de derecho comparado referido a la legislación sobre el cine que sirviera de material preparatorio para la elaboración de un Anteproyecto de Ley del Cine en Andalucía, sin que conste el contenido del mismo. Por Orden de 31 de diciembre de 2013, el acusado cesa al Sr. Eulalio como Director de la Filmoteca de Andalucía, con efectos administrativos y económicos de igual fecha, constando la oportuna diligencia de cese e Inscripción registral de cese con motivo "revocación nombramiento eventual" (folios 611 a 613). Dicho cese fue sugerido al Consejero por la propia Sra. Daniela , quien buscó otra persona más preparada para la redacción del anteproyecto, que exigiría además audiencia con múltiples partes interesadas. CUARTO.- Tras el cese del Sr. Eulalio , el acusado, en concepto de Consejero de Educación, Cultura y Deporte, firmó la Orden de 1 de enero de 2014, en virtud de la cual disponía: Nombrar a Dña. Florinda , con D.N.I. n.º NUM004 , en el puesto código NUM003 , como Directora de la Filmoteca de Andalucía, con efectos administrativos y económicos del día 1 de enero de 2014", tras lo cual la interesada procedió a la tramitación de su nombramiento, con entrega de la documentación solicitada, donde aparece la oportuna diligencia administrativa de toma de posesión como "nombramiento eventual y Carácter de ocupación eventual" y posterior inscripción registral en el SIRhus con los siguientes Datos del Puesto de Trabajo: Denominación: Director/a, Consejería: Educación, Cultura y Deporte, Centro Directivo: S.G. de Cultura, Centro: Filmoteca de Andalucía, y Localidad: Córdoba (folios 615 a 626). Su nombramiento, en sustitución de Eulalio , fue sugerido al Sr. Lucas por Daniela , una vez que fue designada Viceconsejera de Educación, Cultura y Deporte, en fecha no determinada del mes de diciembre de 2013, quien tuvo la entrevista previa y confirmó a la Sra. Florinda su propuesta de nombramiento y encargo de trabajo. Por otro lado, al desplazarse de las oficinas administrativas para la tramitación del contrato, la Sra. Florinda fue consciente de que su destino estaba en Córdoba y mostró su sorpresa en tal sentido, diciendo que le parecía raro, si bien se le comentó por persona no concretada que no había problemas con que su puesto estuviera en otro sitio distinto, que eso era conforme con la ley, que no había problemas con ese tipo de asignación de funciones, extremos que igualmente comentó a la primera semana de trabajo con la Viceconsejera Daniela y con la Secretaria General, que le transmitieron que era algo normal. A tal efecto, se habilitó un despacho en el edificio conocido como Torre Triana en Sevilla para la Sra. Florinda , licenciada en Ciencias Políticas, colaboradora de El País de Andalucía en asuntos culturales, politóloga y con estudios de protocolo, asignándole funciones de asesoramiento, en concreto los trabajos de preparación del anteproyecto de ley andaluza del cine, así como de asesoramiento en temas de cultura a la Viceconsejera Daniela . Dña. Florinda fue cesada en su puesto con fecha 17 de junio de 2015, como consecuencia automática del cese de Don Lucas como titular de la Consejería. QUINTO.- Los tres nombramientos de personal eventual que se han reflejado viniendo precedidos de reunión con cargos directivos y responsables máximos de la Consejería (Viceconsejera, Secretaria General Técnica y Directores Generales), que dieron respuesta positiva a la petición genérica del acusado de buscar "una plaza de eventual que existiera, que tuviera dotación presupuestaria y estuviera libre", requisitos que cumplían las dos objeto de examen en esta causa. No se ha acreditado en autos que se le dijera al acusado cómo se articularían dichos nombramientos, ni mayores detalles o especificidades sobre las características del puesto, ni, en fin, el posible candidato a ocuparla, si bien los servicios técnicos informaron verbalmente al acusado sobre la posibilidad de utilizar esos puestos para otras funciones y que ese tipo de nombramiento no presentaba problemas. Tampoco se emitió advertencia alguna posterior para el momento de la firma del nombramiento por el Consejero, porque, a juicio de los responsables del equipo técnico, "no había razón para ello y entendían que la posibilidad de reorganizar las funciones de los eventuales es una cuestión no prohibida de manera taxativa en la ley". No consta probada la alegación del Ministerio Fiscal de que el acusado utilizó las facultades que le confería su cargo de Consejero "para beneficiar a personas relacionadas con el PSOE con puestos de libre designación y naturaleza eventual, a sabiendas de la absoluta falta de idoneidad de los nombrados para el desempeño de las funciones que dichos puestos tenían asignadas legalmente". Tampoco consta que el acusado interviniera activamente ni se preocupara especialmente en el proceso previo de búsqueda y selección de los posibles contratados para el desempeño de dichos puestos eventuales. Y, en fin, no consta que los tres nombramientos se debiesen a algún tipo de presión o "enchufe" por parte del entonces consejero. No se ha acreditado que el acusado mantuviera relación de amistad con cualquiera de estas otras personas nombradas y ninguno de ellos se ofreció previamente para el puesto ni realizó ninguna petición para acceder a estos cargos , sino que se les buscó por responsables de la Secretaría Técnica y la Dirección de Recursos Humanos. Así, salvo que se conocían mutuamente en el ámbito profesional



malagueño donde ambos residen habitualmente, aparte de su presencia como Delegado de Gobernación durante más de 9 años, no constan mayores relaciones anteriores, ni posible intensidad de las mismas, entre el acusado y el Sr. Mauricio , de forma que por este motivo se produjera este nombramiento de confianza. Por otra parte, Eulalio no era conocido personalmente por el acusado antes de su contratación. Y, en fin, antes de este nombramiento de su confianza, tampoco se conocían el acusado y Florinda " .

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

"Que, por unanimidad del Tribunal, debemos absolver y absolvemos al acusado Lucas del delito de prevaricación que se le imputaba por el Ministerio Fiscal, con todos los pronunciamientos favorables al respecto y declaración de oficio de las costas procesales".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el **Ministerio Fiscal** , 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.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional, en relación con el art. 5.4 L.O.P.J ., por vulneración del art. 24.1 C.E ., derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión.

Segundo.- Por infracción de ley del nº 1º del art. 849 L.E.Cr ., por falta de aplicación del art. 404 del C. Penal que considera delito la conducta de "la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo".

QUINTO.- Instruida la representación de la parte recurrida, solicitó la inadmisión del recurso interpuesto por el M. Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y vista para el día 11 de octubre de 2017, con la asistencia del Letrado recurrido D. José Mª Calero Martínez en defensa de D. Lucas que se ratificó en su escrito de impugnación del recurso, solicitando la confirmación de la sentencia y del M. Fiscal que mantuvo su recurso solicitando la nulidad de la sentencia y que se celebre nuevo juicio, remitiéndose a su escrito de recurso , prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Invirtiendo el orden de los dos motivos que el Fiscal articula contra la sentencia absolutoria, en el segundo de ellos con sede procesal en el art. 849.1º, sostiene la falta de aplicación del art. 404 del C. Penal por considerar delito la conducta del funcionario público o autoridad que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en asunto administrativo.

1. Considera que el relato de hechos probados reúne todos los elementos para configurar el delito de prevaricación.

Así el fundamento 4º considera que los hechos declarados probados exteriorizan un nombramiento irregular, para cubrir dos puestos de libre designación, ya existentes y dotados presupuestariamente, consistiendo la irregularidad en asignar a los nombrados funciones distintas a las normativamente previstas, que desempeñarían en lugares diferentes a los de la ubicación física de tales puestos.

La ilegalidad, pues, de los nombramientos es clara.

Por su parte el fundamento 5º de la recurrida afirma: "que no hay duda de que el acusado participó y es el responsable de las decisiones adoptadas: firmó y asumió los nombramientos que, sin su placet, no alcanzarían eficacia jurídica".

La razón fundamental de la absolución es no haberse acreditado debidamente la concurrencia de "dolo o patente **conciencia** de antijuridicidad" ("a sabiendas", dice la ley). Al referirse la Audiencia a elementos internos no pueden ser determinados normalmente a través de prueba directa, porque no se trata de un hecho del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino que solo pueden captarse a través de un juicio de inferencias.

El Fiscal entiende que el acusado en este caso fue perfectamente consciente de la ilegalidad de sus decisiones, por las siguientes razones:

a) La gravedad de las infracciones legales hace que la arbitrariedad de los nombramientos realizados fuera percibida por cualquiera.



En efecto, tanto la ampliación del organigrama funcional de la Junta de Andalucía como la modificación de funciones de los Directores afectados solo puede hacerse mediante Decreto del Consejo de Gobierno, nunca mediante orden verbal o escrita de un Consejero. Tampoco es posible que verbalmente y sin ajustarse a procedimiento administrativo alguno, el Consejero del ramo pueda ordenar la movilidad geográfica de los Directores del Centro Andaluz de Documentación del Flamenco y de la Filmoteca de Andalucía, que vieron trasladados sus puestos de trabajo de Jerez de la Frontera y Córdoba respectivamente a Málaga y a Sevilla.

b) La dilatada experiencia administrativa del acusado debió hacerle ver la ilegalidad de sus decisiones. Repugna al sentido común y carece del menor rigor jurídico, la alegación de que el recurrente desconocía la patente antijuridicidad penal de su actuación, creyendo que obraba correctamente.

c) En el juicio existieron datos probatorios de que el acusado era perfectamente consciente de la ilegalidad de sus decisiones, razón por la que las ocultó incluso a sus más directos colaboradores.

d) El conocimiento de la absoluta inidoneidad de los nombrados para el desempeño de las cargos de Directores que recibieron.

e) La inexistencia de las funciones que se dice desempeñaron Mauricio , Eulalia y Florinda , en lugar de las que tenían legalmente asignadas. En realidad no pudieron acreditar el desarrollo de actividad alguna que justificase el cobro de los sueldos que percibieron durante el tiempo en que formalmente ocuparon los puestos de trabajo de Directores.

Por lo expuesto el motivo debió estimarse.

2. Por su parte el Tribunal Superior de Justicia en la fundamentación jurídica sostiene la ausencia de la concurrencia, en los términos exigidos por la prevaricación, del **elemento objetivo** del tipo (fundamento 2º y 3º) y del **elemento subjetivo** (fundamento 5º) argumentando adecuadamente la decisión.

En relación al elemento objetivo del delito el Tribunal hace las siguientes afirmaciones:

1) La polémica se centra en dos puntos:

- La intención de beneficiar a personas determinadas del Partido Socialista.
- El dolo o conciencia del acusado acerca de la posible ilegalidad de los nombramientos.

2) El titular de la Consejería tiene discrecionalidad para determinar el número de personas del Gabinete, para elegirlos y para determinar sus funciones, sin más limitaciones que las presupuestarias.

Pero para otros puestos de trabajo más singularizados (puestos de trabajo añadidos), como los Directores Generales nombrados, la discrecionalidad se ciñe a la persona que iba a desempeñarlo y a su cese, pero es más discutible que pueda alterar las funciones predeterminadas para estos cargos, que están específicamente definidas en la particular normativa de estos organismos. Realmente el acusado se limitó respecto a estos cargos a la "reasignación de funciones" y "fijación del lugar geográfico del trabajo".

En principio, por tanto, se debe partir de una decisión irregular respecto a la designación de estos cargos.

3) En el aspecto objetivo debe tener virtualidad el art. 73.2 del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha podido ser utilizado en nuestro caso para justificar los nombramientos, aunque quizás no haya sido correctamente interpretado.

Dicho precepto parece permitir decisiones puntuales y transitorias (temporales) que por determinadas necesidades del servicio puedan adoptarse. Se opondría el obstáculo de que el cargo o destino ya tiene que estar ocupado por una persona y otras razones que también expone el Tribunal Superior.

4) El derecho penal debe ser de aplicación excepcional, debiendo dilucidarse si las irregularidades administrativas deben caer o no dentro de la tipicidad penal, en cuyo extremo la regla general es que tales irregularidades funcionales no deben criminalizarse, ya que su remedio corresponde al Derecho Contencioso-administrativo.

Un claro indicio de que no puede ser confundida la ilegalidad administrativa con el delito de prevaricación, es la enumeración del art. 47 en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común , que sustituye a la Ley 30/1992, con similar redacción en su art. 62 , en donde se describen los actos nulos de pleno derecho, en base a los cuales se permite interpretar que para la ley es admisible la hipótesis de que un acto administrativo incurra en supuestos de máxima ilegalidad (lesiones al contenido esencial de un derecho fundamental, sea dictado por un órgano manifiestamente incompetente o producido prescindiendo por completo del procedimiento establecido) y, sin embargo, el acto en cuestión no sea constitutivo de infracción penal.



5) Consecuencia de lo hasta ahora afirmado es que no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya el delito de prevaricación. La injusticia de la resolución se halla intensificada (supone un plus de antijuridicidad) por el término "arbitrariedad" que introduce la ley, es decir, supone "un ejercicio del poder" previsto por el art. 9.3 C.E .

6) Como conclusión el Tribunal Superior nos dice que los hechos probados exteriorizan unos nombramientos irregulares para cubrir dos puestos de trabajo de **libre designación** , ya **existentes y dotados presupuestariamente** , consistiendo la irregularidad en asignar a los nombrados funciones distintas a las normativamente previstas, que desempeñarían en lugares distintos a los de la ubicación física de tales puestos.

Así pues, la ilegalidad de los nombramientos parece clara, pero a efectos de integrar el delito, dichas decisiones admiten ser explicadas y discutidas, que no justificadas, con una argumentación técnico-jurídica, aunque la consideremos incorrecta. Téngase presente que respecto al personal "eventual" directivo es difícil transmutar puestos de trabajo estructurales en puestos de trabajo de asesoría de la Consejería, pero ello por sí solo no permite hablar de un plus de antijuridicidad, que eleva automáticamente las conductas al ámbito penal.

En definitiva, nos hallamos ante una contradicción con el derecho o ilegalidad, pero ésta no es absolutamente inexplicable, es decir, puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, toda vez que no resulta absolutamente extraño a la actuación de que tratamos el invocado artículo 73.2, sino incorrecta la interpretación que del mismo se hace por los técnicos de la administración en el ejercicio de la función de análisis de las normas (aunque equivocado en este caso) dentro del ámbito de sus competencias.

3. Respecto al **elemento subjetivo** del tipo el delito del art. 404 del C.P ., éste exige que la autoridad o funcionario tenga plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y que ocasiona un resultado manifiestamente injusto, ya que solo desde la constatación del pleno conocimiento de la irregularidad legal de los nombramientos surgirá responsabilidad penal, extremo que no ha sido debidamente acreditado por el Mº Fiscal.

Cuando estampa la firma el acusado en los distintos nombramientos, lo hizo tras **pedir informe de viabilidad a su equipo técnico** como era habitual en su gestión, única forma razonable de ofrecer a la vista del cúmulo de asuntos que tenía que despachar, la fiabilidad y garantía de acierto que aportaban los criterios técnicos, extremo ratificado por cuantos declararon en la causa.

El Tribunal Superior considera que el elemento subjetivo no puede darse por probado.

Entre las razones que sirvieron de apoyo al órgano judicial de origen, podemos reseñar:

1) La firma de la resolución arbitraria no determina ni atrae necesariamente la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues se requiere clara conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad.

Sería preciso, para basar una condena, que fuera acompañada de otros indicios más consistentes que avalen la idea de que no se actuó ajustándose al criterio de los técnicos, sino con conciencia de la arbitrariedad de la decisión.

2) No consta intervención personal del Consejero para pedir al equipo técnico personas concretas.

3) Aunque no consta ningún informe **previo y escrito** que habilite o justificase las resoluciones adoptadas, es cierto que él consultó con su equipo técnico, lo que puede equipararse, a efectos subjetivos, a solicitar una opinión mínimamente experta, no solo de complacencia. La versión de todos los testigos integrantes del equipo técnico, testimoniaron con firmeza y credibilidad que informaron verbalmente al acusado sobre la posibilidad de utilizar esos puestos de trabajo para otras funciones, y que ello no presentaba problemas.

En conclusión, el dolo o patente conciencia de antijuridicidad no puede entenderse plenamente acreditado en esta causa y nos sitúa ante una actuación que excluye el elemento subjetivo del tipo penal y por tanto, no tiene encaje en la locución legal "a sabiendas" que exige el art. 404, que solo ampara las conductas dolosas de la autoridad administrativa, no las imputables o sancionables a título de culpa o imprudencia (por cierto, curiosamente, bien distinto ocurre con la autoridad judicial, que puede ser sancionada penalmente por prevaricación tanto dolosa como culposa).

4. Ante tales argumentos de la Sala de instancia, se decreta la absolución por el delito de prevaricación.

Siendo razonable la resolución del Tribunal Superior, aunque choque con argumentos que oportunamente ha expuesto el Fiscal, esta Sala no puede apartarse de la convicción no irrazonable ni arbitraria del Tribunal Superior ya que la valoración de los hechos ha tenido apoyo, en innumerables probanzas, entre las que figura como más destacables las testificales.



Esta Sala ante la falta de las garantías de inmediación no puede sustituir la convicción alcanzada por el T. Superior sino respetar el criterio que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional ha ido consolidando sobre el particular.

Entre las sentencias abundantes del T. Constitucional cabe reseñar: 167/2002, 170/2002; 197/2002; 198/2002; 230/2002; 41/2003; 68/2003; 118/2003; 189/2003; 50/2004; 75/2004; 192/2004; 200/2004; 14/2005; 43/2005; 78/2005; 105/2005; 181/2005; 199/2005; 202/2005; 203/2005; 229/2005; 90/2006; 309/2006; 360/2006; 15/2007; 64/2008; 115/2008; 177/2008; 3/2009; 21/2009; 118/2009; 120/2009, 184/2009; 2/2010; 127/2010; 45/2011 y 142/2011. A todas ellas deben añadirse como más recientes las de, SS.T.S 450/2011, de 18 de mayo; 1217/2011, de 11 de noviembre; 1223/2011, de 18 de noviembre; 1385/2011, de 22 de diciembre; 209/2012, de 23 de marzo y 236/2012, de 22 de marzo.

Por todo ello el motivo segundo debe rechazarse.

SEGUNDO.- En el motivo primero del Fiscal con amparo en el art. 5.4 L.O.P.J. estima vulnerado el art. 24.1 C.E., que contempla el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión.

1. La cuestión planteada en este motivo se expresa en el antecedente nº 4º de la sentencia, en los siguientes términos: "La Sala a la vista de la nueva petición acusatoria, rechazó ampliar el objeto del proceso penal a un nuevo y segundo delito de falsedad que, de forma absolutamente sorpresiva, expuso el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones definitivas, **aunque no se modificaran los hechos de la acusación**, ya que carecía de amparo legal en el artículo invocado (788.4º L.E.Cr.), pensado en principio para cambio de la calificación delictiva provisional o circunstancias de agravación o participación, pero no para una "variación cuantitativa", esto es, para aumentar y añadir tipos penales distintos al ya calificado provisionalmente como pretende la acusación, máxime cuando ni siquiera son homogéneos, sino que afectan a bienes jurídicos muy diferentes.

El desarrollo argumental el T. Superior lo incluye en el fundamento 7º bis (realmente octavo) en el que se reseñan los pilares jurídicos que permiten rechazar la petición Fiscal. Éstos los podemos resumir del siguiente modo:

a) El objeto del proceso penal debe conectarse con el auto de apertura del juicio oral, donde se determinan los hechos punibles sobre los que debe girar el debate contradictorio.

b) En el caso controvertido se ha producido una "variación cuantitativa" provocada de forma sorpresiva por el Fiscal.

c) Las modificaciones posibles no son solo las previstas en el art. 788.4º L.E.Cr. Según la sentencia supondrían alteraciones justificadas:

- Modificación no sustancial de hechos en las conclusiones definitivas; el Tribunal puede suspender la vista por un plazo, a instancia de la defensa (parece hacer referencia al art. 788.4º L.E.Cr.).

- Modificación esencial como consecuencia de revelaciones o retractaciones inesperadas que produzcan alteraciones sustanciales o den lugar a una sumaria investigación suplementaria que se haya practicado, en cuyo caso habrá de formularse nuevo escrito de acusación (art. 746.6 L.E.Cr.).

- Cambio de calificación jurídica, admisible, si el nuevo delito protege el mismo bien jurídico u otro de naturaleza homogénea, siempre que la norma invocada se sitúe en la misma línea de ataque que el tipo penal, por el que inicialmente se calificó y que el hecho se castigue con igual o menor pena.

El Tribunal concluye que la cuestión tiene difícil encaje legal ante la sobredimensión jurídica del escrito de acusación (extensión cuantitativa), máxime de forma sorpresiva. Considera que el art. 788.4º L.E.Cr. está pensado para **cambios de la calificación jurídica provisional**, grado de participación o circunstancias de agravación, pero no para aumentar y añadir tipos penales distintos a los ya calificados. Tampoco el Mº Fiscal planteó la tesis alternativa del art. 732.3º con remisión al 653, ni tampoco el Tribunal acudió al art. 733, todos de la L.E.Cr.

El Tribunal Superior nos dice que el Fiscal **puede cambiar la tipificación penal de los hechos, pero no una ampliación de la tipificación** en forma distinta de la configurada en el auto de apertura.

La tesis del Fiscal de ser aceptada -concluye el Tribunal Superior- es lesiva al derecho de defensa, por lo sorpresiva, ya que no ha podido preparar ni dirigir los distintos interrogatorios ni proponer ni practicar pruebas en lo atinente al delito de falsedad documental. Ello podría determinar la repetición de interrogatorios personales, aparte de otras posibles pruebas añadidas.



2. El Mº Fiscal no conforme con la interpretación realizada por el T. Superior del art. 788.4º L.E.Cr ., se alza contra la sentencia, que cercena el derecho a la tutela judicial efectiva, produciéndole una indefensión material evidente.

El principal punto de discrepancia reside en el mecanismo de configuración del objeto procesal o materia sobre la que debe pronunciarse el Tribunal en la sentencia.

Así nos dice el Mº Fiscal que son los escritos de calificación definitiva los que fijan el objeto del proceso y no el auto de apertura del juicio oral, como erróneamente afirma la sentencia recurrida.

A continuación refiere abundante jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional que confirma ese criterio. Así la S.T.S. 1185/2004 de 22 de octubre nos dice "el auto de apertura del juicio oral ... en modo alguno viene a condicionar los delitos concretos objeto de enjuiciamiento. Lo que sí condiciona el contenido de la sentencia es la acusación, debiendo atenderse a la que resulte de las **conclusiones definitivas** así formuladas en el acto del juicio oral, siempre que se contenga la identidad esencial de los hechos sobre los que recae la acusación y se someten a enjuiciamiento".

Por su parte el T. Constitucional en S. 33/2003 de 13 de febrero refiere "que las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijar las definitivas que supongan una calificación distinta o más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación (principio acusatorio), pues si el órgano judicial se ciñe a la acusación formulada en la **calificación definitiva** se ha respetado tal principio". "Consiguientemente la pretensión penal quedó definitivamente fijada en las conclusiones definitivas" (S.T.S. 1035/2006 de 16 de octubre , con cita de la S.T.C. 62/98 de 17 de marzo).

Sigue argumentando el Fiscal que "ningún sentido tendría el trámite de modificación de conclusiones si fueren las provisionales las que acotasen los términos del debate (S.T.S. 1436/98 de 18 de noviembre). En igual sentido S.T.C. 278/2000 de 4 de enero .

En base a tales argumentos el Fiscal concluyó:

a) En el desarrollo del juicio consideró que podían haberse cometido varios delitos de falsedad en documento público, impidiendo el T. Superior ejercer la acusación.

b) En la regulación del procedimiento ordinario cuyas normas son supletorias en el procedimiento abreviado (art. 758 L.E.Cr .), es perfectamente factible la modificación de conclusiones provisionales (véanse arts. 732, en relación al 653 L.E.Cr ., art. 733 , 746.6 L.E.Cr . y 788.4º L.E.Cr .).

c) En el caso concernido se parte de la **no alteración de los hechos objeto de la acusación** . En dicha acusación se describen aspectos fácticos susceptibles de integrar algún delito de falsedad documental. Fue a consecuencia de las pruebas del juicio oral (testimonio del acusado y testificales) lo que motivó una calificación acumulada en los hechos, que además de ser indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación, también lo eran de otro continuado de falsedad en documento público, según la intentada calificación definitiva del Fiscal.

3. Esta Sala entiende que, no interesando el Fiscal la modificación de los hechos imputados en el escrito de conclusiones provisionales, es de perfecta aplicación el art. 788.4º L.E.Cr . previsto para aquellos casos en que "la acusación cambie la tipificación penal de los hechos", y el Fiscal al añadir a la tipificación del delito de prevaricación el de falsedad en documento público ha realizado **un cambio en la tipificación penal** , atribuyendo la ley procesal a la parte afectada medios que impidan la indefensión, con posibilidad de una complementaria práctica de prueba.

El motivo deberá estimarse.

TERCERO.- El acogimiento del motivo primero y el rechazo del segundo, hace que la estimación parcial del recurso determine que por una parte, se considere consentida y confirmada la absolución por el delito de prevaricación, y por otro lado declarando la nulidad del juicio y su repetición a partir del momento en que se elevaron a definitivas las conclusiones del Fiscal, para incluir la calificación de los hechos como constitutivos de un delito continuado de falsedad en documento público, procediendo a la aplicación del art. 788.4 L.E.Cr ., y después proseguir el juicio exclusivamente por el delito de falsedad continuada en documento público, hasta el dictado de nueva sentencia sobre este punto.

Se confirma la absolución por el delito de prevaricación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



Estimar el motivo primero del Fiscal anulando y casando parcialmente la sentencia recurrida, confirmando la absolución por el delito de prevaricación, debiendo aceptarse la calificación de esos mismos hechos como constitutivos de un presunto delito de falsedad en documento público, con declaración de la nulidad del juicio en este solo aspecto, procediendo por el Tribunal Superior a actuar conforme al art. 788.4º L.E.Cr ., dictando posterior sentencia sobre este particular extremo. No procede hacer pronunciamientos sobre costas. Comuníquese esta resolución a la Sala de lo Civil y Penal del mencionado Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla a los efectos legales oportunos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Jose Ramon Soriano Soriano Francisco Monterde Ferrer
Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ