

Roj: **STS 1244/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1244**Id Cendoj: **28079120012017100257**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **05/04/2017**Nº de Recurso: **1391/2016**Nº de Resolución: **238/2017**Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**Tipo de Resolución: **Sentencia****TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal****Sentencia núm. 238/2017**

Fecha de sentencia: 05/04/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 1391/2016 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Procedencia: Audiencia Nacional Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero Transcrito por: CPB Nota:

Resumen Delito de prevaricación administrativa

*Inexistencia de manifiesta falta de competencia en relación al hecho de autorizar un visado el embajador acusado. Por todo ello concluimos: ni la norma jurídica reguladora nos permite afirmar que el embajador careciera de toda competencia en materia de autorización de los dos visados a que se refiere la sentencia recurrida en hechos probados, ni que la asunción de esa competencia fuera ilícita por atender a fines diversos de los que toma en consideración el ordenamiento jurídico al establecer las competencias en esa materia. En consecuencia no consideramos que concurren los requisitos de arbitrariedad y notoria ilicitud que exige el tipo penal de la prevaricación.

RECURSO CASACION núm.: 1391/2016 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal**Sentencia núm. 238/2017**

Excmos. Sres. D. Andrés Martínez Arrieta D. Miguel Colmenero Menéndez de Larca D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 5 de abril de 2017. Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1391/2016, interpuesto por **D. Eloy**, representado por el procurador D. Eusebio Ruiz Esteban, bajo la dirección letrada de D. Jesús Garzón Flores, contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de mayo de 2016. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **la Abogacía del Estado**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid, instruyó Procedimiento Abreviado nº 57/2014, contra **D. Eloy**, por delitos de prevaricación y cohecho y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Nacional, que en la causa nº 4/2016, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«**PRIMERO.-** El acusado Eloy, mayor de edad y sin antecedentes penales funcionario de la carrera diplomática, fue designado Embajador de España en la República Democrática del Congo el 14 de febrero de 2012, incorporándose el 12 de junio siguiente, y cesando el 31 de enero de 2014. Por su parte, Don Marino,



igualmente funcionario de la carrera diplomática, se incorporó como Cónsul a dicha Embajada en el mes de julio de 2012. El acusado creó y fomentó lo que se denominó un círculo hispano congoleño de empresarios que en los primeros meses de su constitución, entre diciembre de 2012 y abril de 2013, se instaló en una sala de entre las dependencias de la Embajada, pasando seguidamente a la que había sido sede de la oficina española de cooperación situada en una calle de la capital (Kinshasa) de la República Democrática del Congo. En la dependencia de la Embajada española en Kinshasa, se mantenían reuniones por los que formaban dicho círculo de empresarios y se preparaban los expedientes de visados, al margen del trámite regular de cita previa y de una entrevista por las personas al frente de la gestión de dicho tipo de expedientes. El acusado dió la orden de que los expedientes de visados, todos de corta duración, solicitados por personas de dicho círculo, los provenientes de Brazaville (capital de la República del Congo) y los de autoridades o altos cargos, los gestionaría y autorizarla él, además de aquellos otros que hubiera que resolver en tanto el Cónsul se ausentaba en su periodo de vacaciones. En algún caso en que se denegó el visado por el Cónsul, en vez de impugnarse esa decisión ante el mismo llamado a resolverla, retomaba el expediente el acusado que viabilizaba la autorización.

SEGUNDO.- Ante el aumento de los visados otorgados por la Embajada de España en Kinshasa en tanto el periodo del acusado en dicha Sede Diplomática, el mismo lo justificó por la considerable mejora de las relaciones económicas con España de ahí que en su fomento constituyera dicho Círculo hispano congoleños de empresarios, por la apertura de nuevas líneas aéreas y más baratas con destino a Europa desde la República Democrática del Congo, y por el deseo de conocer los ciudadanos congoleños nuestro país que ya tenía presencia en aquel otro por el mundial de fútbol años atrás celebrado en el continente africano. A raíz de una inspección extraordinaria entre los días 24 a 27 de octubre de 2013, surgida, entre otras cuestiones, por la alerta en el mes de febrero anterior emitida por la Jefatura Superior de Policía de Madrid-puesto fronterizo Madrid-Barajas debido al considerable número de congoleños provistos de visado, y que en igual medida eran rechazados en frontera procedentes de la República Democrática del Congo y de la República del Congo, se cursaron instrucciones por el Ministerio de Asuntos Exteriores Español, ordenándose, que a partir de la recepción de dicha misiva, de 6 de septiembre de 2013, tendría competencia única y exclusiva para autorizar los visados en esa Representación el funcionario de la carrera Diplomática encargado de Asuntos Consulares, el Sr Marino en cuanto que era el Cónsul, debiendo, cuando se previera su ausencia, solicitarse instrucciones concretas a dicho Ministerio sobre quién debe autorizar los visados en la Embajada de España en Kinshasa. Dicha instrucción salió al paso de la situación que se delató relativa a que tanto el acusado como el Cónsul, autorizaban o denegaban los visados, estampando manualmente su firma en el expediente, y seguidamente, en el sistema informático eran dos personas contratadas las que provistas de las claves de acceso de las que disponían y la que facilitó el Sr Marino, según éste y el acusado resolvieran, procedían a dejar constancia en el sistema informático de la decisión. En algunas ocasiones era el mismo Cónsul el que accedía con su clave al sistema y grababa el mismo la resolución sin que así procediera el acusado que no disponía de clave de acceso al sistema, efectuándolo las dos personas contratadas, de las que una era oficial administrativa desde el año 2006 y otra auxiliar administrativa desde el año 2010. En prueba de la autorización, finalmente, se estampaba una etiqueta sobre la solicitud del visado acreditativa de la concesión del mismo. Ya anteriormente a la instrucción aludida, el acusado solicitó que se le participase la identidad de los pasajeros rechazados en frontera para revisar los expedientes a fin de mejorar el funcionamiento del Servicio de Visados en la Sección Consular de la Embajada. Asimismo ordenó que se colocasen unos carteles en que se avisaba que se requería cita previa para ser atendidos en la expedición de visados, que costaban sesenta euros y que no se requerían facilitadores, anuncios de los que quedaban al margen los expedientes gestionados y autorizados por el acusado **TERCERO.-** De entre los expedientes de visados autorizados por el acusado, es de mencionar el concedido a la ciudadana de la República Democrática del Congo, Angustia, que el día 12 de diciembre de 2012 fue denegado por el Cónsul y autorizado un día después por el Sr Eloy. Asimismo, el visado concedido a Fernando, solicitado el día 12 de diciembre de 2012 y autorizado dos días mas tarde. En ambos se detectaron irregularidades en frontera siendo rechazada la entrada a España, lo que ocurrió en otros casos en similares circunstancias, relativos a visados igualmente autorizados, en algunos casos, por Eloy.»

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

«**FALLO.- QUE DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS** al acusado Eloy, como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio de del derecho de sufragio pasivo, por igual tiempo, con imposición de las costas procesales.»

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:



1º.- Por quebrantamiento de forma el art. 851.1 de la LECr . por falta de claridad con los hechos probados y por afirmar la Sentencia que el acusado es criminalmente responsable por su participación personal y directa en el delito,

2º.- Por infracción de ley del art. 849-1º de la LECr . por aplicación indebida de norma sustantiva penal, específicamente del art. 404 de la misma LECr .

3º.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia al amparo del art. 24.2 de la CE en relación con los arts.5.4 de la LOPJ y 852 de la LECr .

4º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al amparo de los arts. 24.1 de la CE , 852 de la LECr . y 5.4 de la LOPJ .

5º.- Por infracción de ley del art. 849-1º de la LECr . por indebida aplicación del art. 28 del CP (autoría).

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y la parte recurrida del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de marzo de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos denuncia como determinante de quebratammiento de forma la falta de «precisión y exactitud» en la descripción de los hechos que subsume en el tipo penal de prevaricación. Incluida la referencia a la condición de embajador, exigible para cumplir el requisito de sujeto especial del delito de prevaricación.

No compartimos la tesis del recurrente.

La sentencia hace una exposición no modélica en claridad. Confusa, si se quiere. Pero lo indudable es que el relato de hechos probados recoge los siguientes:

Que el acusado fue designado embajador de España en la República Democrática de el Congo ejerciendo desde 12 de junio de 2012 hasta 31 de enero de 2014.

Que dió la orden de que determinados visados de corta duración los autorizaría él.

Entre los visados autorizados por el acusado se encontraban dos concretos. Los concedidos a D^a Angustia el 13 de diciembre de 2012 y a D. Fernando el 14 del mismo mes.

Ciertamente en esa declaración la sentencia de instancia hace referencia a otras circunstancias que, después, no valora a los efectos de la condena que impone. Al parecer, según se dice al inicio del fundamento jurídico tercero de la sentencia, porque son aspectos «que han contribuido a fijar el escenario en el que se desarrollaron los acontecimientos que dieron lugar a la ilícita conducta del acusado».

Pero, con independencia de que tal perspectiva sea discutible en su oportunidad, tanto más, si se pudiera confundir como una velada imputación de conductas de las que expresamente resulta absuelto el acusado, lo que la sentencia deja nítidamente establecido es que la condena se funda en una única circunstancia de hecho: haber autorizado el acusado visados careciendo de competencia para ello. Al respecto es inequívoco el párrafo noveno del fundamento jurídico tercero, por más que incluso ahí la sentencia haya prescindido de toda autorrestricción en su tendencia a involucrar al acusado en hechos cuyo reproche no quiere ahorrarse.

Dado lo cual debemos concluir que la ausencia de claridad o insuficiencia del relato de hechos probados es inexistente en cuanto a la premisa de la condena por prevaricación.

Por ello el motivo se rechaza.

SEGUNDO.- 1.- El segundo de los motivos, ya por el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia como motivo de casación la vulneración del artículo 404 del Código Penal , cuya aplicación estima que no procede, dados los hechos que se declaran probados.

Estima que no concurren los requisitos del tipo de prevaricación pues, como la misma sentencia de instancia dice, se requiere que el acto administrativo sea una resolución que, más allá de la mera ilegalidad, incurra en arbitrariedad, porque aquella ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa».

Aunque el motivo llegue a referirse al comportamiento de dos empleadas laborales de la Embajada como ajeno a su conocimiento, protesta la exclusión de dolo o conciencia de que se llevara a cabo alguna actuación ilícita.



2.- La sentencia de instancia, como criterio de antijuridicidad de las resoluciones del acusado al autorizar al menos los dos visados que se dicen en sede de hechos probados, hace referencia a una Orden Circular nº 3284 de 6 de noviembre de 2009. Estima que la misma **limita** la capacidad de los embajadores en materia de autorización de visados. Dejamos ya anotado que no se dice que «excluya» totalmente la competencia del embajador acusado en relación al otorgamiento de visados.

Afirma también la sentencia, por más que ya en sede de fundamentos jurídicos y no, como debiera, en la de hechos probados, que el acusado conocía aquella Circular. Y que el acusado autorizaba, antes de su inclusión en el sistema informático, los visados, desde luego en los dos casos que expresa el hecho probado de la sentencia de instancia.

Alude la recurrida al informe emitido por D. Remigio , tras la inspección que se le encargó por el Subsecretario de AAEE y llevada cabo en la Embajada. Prescindiendo de las referencias a otros aspectos diferentes de la cuestión de la competencia del embajador para autorizar visados, que es la que interesa resolver para determinar si el acusado actuó fuera de tal competencia.

También parte la sentencia de la declaración del propio acusado por la que reconoció haber emitido autorizaciones específicas atendiendo a criterios de fomento de relaciones económicas o de interesados que eran altos cargos.

Y admite la sentencia que el embajador acusado tendría competencia de tratarse de un supuesto previsto en el apartado IV de la Circular 3284 antes citada, aunque ello, no para autorizar, sino para ordenar por escrito que se autorizara el visado. Lo que, según la sentencia «no se barajó por sus superiores». Y el tribunal de la instancia se cuestiona el argumento de atribución de competencia por «relaciones comerciales» a partir de datos como la singular identidad de personas interesadas en mantener aquellas relaciones.

3.- En ejercicio de la habilitación que nos confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hemos examinado la transcripción del acta del juicio oral en el particular relativo a la solvente y relevante información que como testigo aportó el alto funcionario Sr. Remigio que llevó a cabo la inspección en la Embajada. Destacamos de ella que, en relación a uno de los dos únicos visados específicamente referenciados en sede de hechos probados (D. Fernando), declara que «no sabe si en ese momento estaba expresamente autorizado (el acusado) para autorizar visados o no» y que respecto al otro expediente, referido como hecho probado (D^a Angustia), el testigo dice que **firma** r el visado le corresponde al encargado de asuntos consulares. Y para aclarar la diferencia entre «firmar» y «autorizar» manifiesta el testigo que «puede ordenar la expedición de visado que considere necesario autorizar, pero sólo en el ámbito de corta duración». Es de advertir que, en la declaración de hechos probados, se dice por la recurrida que los visados, cuya gestión se reservó el acusado, eran «todos de corta duración».

Y aún se le hace otra pregunta al testigo sobre si «en algún momento el embajador, a no ser que esté previamente autorizado para ello, puede firmar la petición de visados» (sic) y a eso contesta «que sí».

También resulta relevante de la declaración de este testigo la advertencia de que «la circular (la 3284 citada) ha sido muy difícil de encontrar, porque no aparece en ninguna base de datos jurídica».

También fue preguntado el testigo sobre el punto 6 de sus conclusiones en referencia a la capacidad de los embajadores para autorizar visados a los «fines de política exterior del país» y si los expedientes que examinó afectaban al «fomento de la relación comercial entre España y Congo» y responde, sin negarlo, que «lo que se argumentaba era eso».

Ante tales premisas hemos de valorar si es aceptable la tesis de la sentencia recurrida sobre la naturaleza indudable y manifiesta de la supuesta falta de competencia del embajador en relación a la autorización de los dos visados únicos que se relacionan en la declaración de hechos probados. Respecto de los demás no cabe hacer declaración sin originar indefensión por la vaguedad de la imputación.

Y en relación con aquella pregunta hemos de determinar si es aceptable la conclusión, determinante para la sentencia recurrida, de que el embajador no actuaba en el marco de eventual excepcional atribución de competencia. La recurrida parte de que el contexto que con tanto énfasis expone, le lleva a la convicción de que no actuó el acusado atendiendo a aquellos fines, que excepcionalmente le legitimarían para ordenar el visado, sino para servir a otros veladamente aludidos y calificados de espurios.

A la primera cuestión hemos de convenir que en modo alguno cabe predicar que, en los casos concretos en que se le atribuye la asunción de competencia para firmar las autorizaciones, no cabe hacer la afirmación contundente de que careciera de toda competencia.

Primero porque el marco legal, al margen de la citada Circular 3284, hace referencia al describir las competencias en materia de visados a la «misión diplomática y a la oficina consular». Véase el artículo 48 de



la Ley 2/2014 sobre organización de la Administración del Estado en el Exterior que deroga el Real Decreto 632/1987. Como antes la Ley 7/1985 y el Real Decreto 155/1996 que preveía una autorización por el Ministerio de AAE que incluso podía ser general. Y el Real Decreto 2393/2004 que remitía (artículo 27) para obtener los visados a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares sin discriminar. En cuanto a la Orden Circular es un acto administrativo cuyo conocimiento manifestó el mismo inspector ministerial que era de difícil alcance por ni siquiera aparecer en base jurídica alguna. Y desde luego la sentencia de instancia no nos da cuenta de su concreto contenido. Y en ese particular no nos permite dilucidar si, como alega el acusado, tenía por finalidad atender a circunstancias concretas surgidas en la actuación diplomática en otro momento y lugar. Por lo que cabía valorar que no era aplicable en el lugar y tiempo de los hechos juzgados.

En todo caso todos convienen en que ese marco normativo no excluía toda competencia del acusado como embajador en la materia relativa a autorización de visados. Lo que impondría, a lo sumo, es un manera de ejercer dicha competencia: dar orden por escrito y que fuera el funcionario consular el que estampara la firma de autorización en el expediente.

Es obvio que apartarse de tal específica exigencia no equivale a la frontal y total prescindencia de competencia, sino a una forma de actuar diversa a la que en definitiva se siguió. Pero ello es notoriamente algo que se aleja de la arbitrariedad que funda la imputación de responsabilidad penal a título de prevaricación.

En cuanto a la segunda cuestión suscitada por la argumentación de la sentencia recurrida, la relativa a la concurrencia del presupuesto de la competencia excepcional, dos son las razones para no compartir la tesis de aquélla. La primera que la referencia legitimadora (servir a intereses comerciales) es de suficiente vaguedad como para que el eventual apartamiento no pueda erigirse en notoria e inequívoca ilicitud de la asunción de competencia bajo tal pretexto. La segunda que la inferencia que hace la recurrida sobre las motivaciones que impulsaron al acusado constituye un juicio de intenciones para el que la base desde la que se hace la inferencia es, cuando menos, endeble. Pero es que, además, tal inferencia constituiría la base del delito de cohecho. Y ese delito ha sido excluido por la acusación. Por lo que la afirmación carece del presupuesto demandado por el principio acusatorio de que, antes de asumir el Tribunal tal premisa, sea imputada por una parte acusadora.

Por todo ello concluimos: ni la norma jurídica reguladora nos permite afirmar que el embajador careciera de *toda* competencia en materia de autorización de los dos visados a que se refiere la sentencia recurrida en hechos probados, ni que la asunción de esa competencia fuera ilícita por atender a fines diversos de los que toma en consideración el ordenamiento jurídico al establecer las competencias en esa materia.

En consecuencia no consideramos que concurren los requisitos de arbitrariedad y notoria ilicitud que exige el tipo penal de la prevaricación.

Por ello estimamos el motivo y el recurso con las consecuencias absolutorias que establecemos en la segunda sentencia a dictar a seguir de ésta.

TERCERO. - La estimación del recurso lleva a declarar de **oficio las costas** del mismo conforme al artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

FALLO

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

Estimar el recurso de casación interpuesto por **D. Eloy** , contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha 17 de mayo de 2016 ; sentencia que se casa y se anula, para ser sustituida por la que se dicta a continuación.

Declarar de oficio las costas derivadas del presente recurso.

Comuníquese dicha resolución, y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Lurca

Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde

Juan Saavedra Ruiz



RECURSO CASACION núm.: 1391/2016 Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. D. Andrés Martínez Arrieta D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Luciano Varela Castro D. Pablo Llarena Conde D. Juan Saavedra Ruiz

En Madrid, a 5 de abril de 2017. Esta sala ha visto la causa rollo nº 1/2016, seguida por la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dimanante del Procedimiento Abreviado nº 57/2014, instruido por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de Madrid, por delitos de prevaricación y cohecho, contra **D. Eloy**, nacido en Valencia el día NUM000 .1950, hijo de Fermín y de Leonor y con DNI NUM001, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 17 de mayo de 2016, que ha sido recurrida en casación por el procesado, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se acepta la declaración de hechos probados de la recurrida .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuesta en la sentencia de casación los hechos declarados probados no son constitutivos de delito alguno, al no ser evidente la falta de competencia del acusado para el acto administrativo que se le atribuye ni, por ello, manifiestamente arbitraria su resolución.

Por ello

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Debemos **absolver y absolvemos** a **Eloy**, del delito de prevaricación administrativa por el que venía acusado. Declarar de oficio las costas causadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luciano Varela Castro Pablo Llarena Conde

Juan Saavedra Ruiz