



Roj: SAP CC 736/2013 - ECLI:ES:APCC:2013:736
Id Cendoj: 10037370022013100487
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Cáceres
Sección: 2
Nº de Recurso: 811/2013
Nº de Resolución: 513/2013
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: MARIA FELIX TENA ARAGON
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

CACERES

SENTENCIA: 00513/2013

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. DE LA HISPANIDAD S/N

Teléfono: 927620339

213100

N.I.G.: 10148 41 2 2008 0202988

APELACION PROCTO. ABREVIADO 0000811 /2013

Delito/falta: DELITOS **ELECTORALES**

Denunciante/querellante: Rogelio

Procurador/a: D/Dª MARIA VICTORIA HORNERO RODRIGUEZ

Abogado/a: D/Dª CARLOS A ALONSO SANTIAGO

Contra: MINISTERIO FISCAL, Luis Pablo

Procurador/a: D/Dª , DOLORES MIGUEZ GALLEGO

Abogado/a: D/Dª , HERNAN PACHECO PUIG

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION SEGUNDA C A C E R E S

SENTENCIA NÚM. 513 - 2013

ILTMOS SRES.:

PRESIDENTE:

DOÑA Mª FELIX TENA ARAGON

MAGISTRADOS

DON VALENTIN PEREZ APARICIO

Dª Mª ROSARIO ESTEFANI LOPEZ

=====

ROLLO Nº: 811/2013

JUICIO ORAL Nº: 380/2011

JUZGADO DE LO PENAL Nº 1 DE PLASENCIA

=====

En Cáceres, a cuatro de noviembre de dos mil trece.

ANTECEDENTES DE HECHOS

Primero.- Que por el Juzgado de lo Penal Nº 1 de Plasencia, en el procedimiento reseñado al margen seguido por un delito **electoral**, contra **Rogelio** . se dictó Sentencia de fecha 25 de Marzo de 2013 , cuyos hechos probados y fallo son del tenor literal siguiente: "HECHOS PROBADOS: Resulta acreditado que desde Septiembre de 2006 y en los meses sucesivos con motivo de la convocatoria de las **Elecciones** Municipales que se celebrarían el día 27 de Mayo de 2007, convocadas por RD 444/2007 de 2 de Abril, en la localidad de Casar de Palomero se produjo un empadronamiento repentino y masivo en un 15% del censo **electoral** existente en ese momento, que por su volumen suscitó en la Delegación Provincial de la Oficina del Censo **Electoral** serias dudas de que los mismos estuvieran destinados a provocar una directa alteración del Censo **Electoral** con miras a las **elecciones** venideras. Resulta acreditado que iniciada la correspondiente inspección por dicha Delegación Provincial y tramitados de oficio por el Ayuntamiento de Casar de Palomero los correspondientes expedientes de baja, se dictó por la Sección Provincial del Consejo de Empadronamiento Resolución de fecha 9 de Abril de 2007 informando favorablemente que 155 electores de dicho municipio fueran dados de baja en el padrón del mismo, al considerar que no quedaba acreditado que tales personas tuvieran su efectiva residencia habitual en dicha localidad, lo que se hizo efectivo, no obstante lo cual y estando ya cerrado el Censo **Electoral** para la convocatoria de la **elecciones** de Mayo de 2007 dichas bajas no repercutieron en el censo **electoral** utilizando efectivamente en los mencionados comicios, participando dichos electores en la mismas. Resulta acreditado que Rogelio en el período correspondiente a las **Elecciones** Municipales que se celebrarían el día 27 de Mayo de 2007 convocadas por RD 444/2007 de 2 de Abril, ostentaba con carácter previo a su celebración el cargo de Vocal de la Asociación AUNEXT-Abusos Urbanísticos No en Extremadura- y una vez celebrados dichos comicios adquirió el cargo de Alcalde de la localidad de Casar de Palomero, habiéndose presentado a las **elecciones** por Compromiso Ciudadano por Casar de Plomero, Azabal, Rivera Oveja y Eulogio , cuyos integrantes en su mayoría eran miembros de la Asociación referida. Resulta acreditado que un número muy significativo de los 155 empadronamientos cuya baja se acordó por el Organismo Oficial antes citado tenían relación directa con la Asociación AUNEXT de la que Rogelio era vocal, habiendo sido incluso presentadas las solicitudes de empadronamiento a instancias de miembros o familiares de esta Asociación. Resulta acreditado que una vez Rogelio tomó posesión de su cargo como Alcalde de Casar de Palomero a través de resoluciones de 5 de Julio de 2007 resolvió de forma estimatoria y sin excepción la totalidad de los recursos de reposición formulado por los interesados cuya baja del padrón se había acordado, recursos que en su gran mayoría eran idénticos, y ello a través de resoluciones tipo modelo e iguales en todos los casos, omitiendo la realización de cualquier gestión tendente a la comprobación de la vinculación de los interesados con el Municipio y sin previo informe jurídico, acordándose el alta de 100 de las 155 personas que habían sido dadas de baja de oficio a instancias de INE y por Resolución de la Sección Provincial del Consejo de Empadronamiento. Resulta acreditado que Rogelio actuó siendo consciente de que pese a la inicial solicitud de empadronamiento que había sido planteada por los 155 electores la mayoría vinculados a la Asociación de la que el mismo era vocal y miembro del grupo de electores por el que se presentó a las **elecciones**, su baja había sido acordada legalmente, ordenando de forma arbitraria el alta de 100 de ellos en contra de lo expresamente ordenado por el Organismo Oficial, sin cumplir las formalidades exigidas, alterando de este modo el Censo **Electoral** para las **elecciones** venideras.

" .FALLO: Que debo condenar y condeno a Rogelio como autor criminalmente responsable de UN DELITO **ELECTORAL** EN CONCURSO IDEAL CON UN DELITO DE PREVARICACIÓN ADMINISTRATIVA, antes definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de 8 AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO POLÍTICO EN CUALQUIERA ÁMBITO."

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por la representación de **Rogelio** que fue admitido en ambos efectos, y transcurrido el periodo de instrucción y alegaciones de conformidad con lo establecido en la L.E.Cr., se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial.

Tercero.- Recibidas que fueron las actuaciones se formó el correspondiente rollo, con el oficio misivo por cabeza, registrándose con el número que consta en cabecera, se acusó recibo y se turnaron de ponencia, dictándose Auto con fecha dos de septiembre actual denegando la celebración de Vista solicitada; y notificado el mismo y transcurrido el plazo legal quedaron las actuaciones para resolver el recurso interpuesto.

Cuarto.- Con fecha diez de octubre se solicitó al Juzgado de lo Penal la remisión de la documental correspondiente al presente procedimiento, suspendiéndose el plazo de Votación; y una vez recibido la misma se señaló Votación y fallo el veintiocho de octubre actual.

Quinto.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Vistos y siendo Ponente la Ilma Sra Presidenta Doña M^a FELIX TENA ARAGON.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los recogidos como tales en los cuatro primeros párrafos de este apartado de la sentencia de instancia. Y el quinto queda con la siguiente redacción:

Una vez que Rogelio tomó posesión de su cargo como alcalde de Casar de Palomero dictó una resolución de 5 de julio de 2007 con un anexo en el que se relacionaban 100 personas que habían interpuesto recurso contra la resolución de baja del padrón de habitantes de esa localidad, estimando citado recurso y manteniendo a las mismas en este padrón municipal.

El párrafo sexto de los hechos probados de la sentencia de instancia se suprime.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente viene condenado por un delito **electoral** en concurso con un delito de prevaricación, los hechos que son constitutivos de tal ilícito se refieren a que en julio de 2007 este acusado, estimando los recursos de reposición interpuestos por 100 personas volvió a incluir en el padrón, que no censo, municipal a estas 100 personas como residentes en Casar de Palomero, después de que habían sido dadas de baja por indicación del Consejo de Empadronamiento. Esa resolución de 5 de julio de 2007 estimatoria de los recursos, es la que constituye la resolución prevaricadora, y ello se hace para alterar el censo que es la acción típica del art 139.1 de la Ley **Electoral** General de 1985 en su redacción actual.

Se reseñan estas cuestiones en primer lugar porque los hechos probados contiene una serie de hechos que ya en los fundamentos de la sentencia de instancia consta que no se le pueden atribuir delictualmente al hoy apelante, y fue que en los meses de septiembre a diciembre de 2006 hubo una incorporación masiva al padrón municipal, y en este caso también al censo, la encontramos en un momento preelectoral a unas **elecciones** municipales cuyo censo para participar en las mismas se iba cerrar en los próximos meses y que suponía una alteración del censo correspondiente a ese municipio del más del 10%. Y decimos que nada de ello, por más que se recoja en la parte fáctica de la sentencia, tiene relevancia penal en relación con la persona que está siendo objeto de enjuiciamiento porque el delito **electoral**, al igual que el delito de prevaricación es un delito especial propio, esto es, el sujeto activo tiene que tener la consideración de autoridad o funcionario público, no son delitos que pueda cometer un particular que no ostenta esa categoría o función si no es como forma participativa del delito, título que en modo alguno aparece en las acusaciones y por lo tanto sobre esta cuestión nada cabe apuntar, más allá de que el único acusado es este particular en aquellas fechas de 2006, y por lo tanto su condena se reduce a estas cuestiones, todo lo acaecido en los meses de 2006 y primeros de 2007 cuando este acusado era un particular en relación con el mismo no puede ser considerado delictivo como consta en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Centrado ya lo que fue objeto de condena, y por lo tanto lo que es objeto de impugnación, debemos apuntar en primer lugar que el primero de los delitos por el que se condena al apelante es un delito **electoral**, delito que consiste según la dicción del art 139.1 LGE en alterar el censo **electoral**. La jurisprudencia del TS enlaza este delito, esto es, la alteración del censo con la alteración del padrón municipal ya que la modificación de este último es el que conlleva la alteración del censo que se nutre de las modificaciones y de las comunicaciones que del padrón se efectúan, STS de 24-10-2005 .

Pero lo que ello quiere decir es que este delito se comete cuando la alteración del padrón se hace con la finalidad de alterar el censo, y la alteración del censo va motivado lógicamente para interferir en el resultado **electoral** correspondiente, este delito siempre se ha declarado cometido en relación con alteraciones del censo en periodos preelectorales en **elecciones** municipales o de concejos, ya que esa modificación del padrón supone alterar el censo, alteración que puede influir en el resultado **electoral**, véase la ya sentencia citada de 24-10-2005 " *La vinculación entre padrón y censo **electoral**, o, dicho de otra forma, la modificación irregular del padrón como "modus operandi" para la alteración ilegal del censo, ya ha sido declarado por esta Sala, como en la STS de 24 de octubre de 2005 , de las que reproducimos los siguientes fragmentos:*

Criterio reiterado en las STS de 18-6-2006 y 14-5-2009 en las que se reseña expresamente que la alteración del censo se hace en este delito para interferir en un determinado resultado **electoral**, lo que se detrae además teniendo en cuenta el número de electores en el municipio en relación con las nuevas altas para comprobar si estas pueden o no interferir en el resultado de unas **elecciones**, ya que caso de no poder interferir nos encontraríamos ante una infracción administrativa, pero sin la relevancia penal que sanciona el art 139.1 LOGE.

En el presente supuesto nos encontramos con que en julio de 2007 cuando se produce la estimación de los recursos y se acuerda incluir en el padrón nuevamente a los recurrentes, no nos encontrábamos en período preelectoral municipal sino antes bien, acababan de celebrarse unas **elecciones** municipales, por lo que ya tenemos que poner en duda si el mantenimiento, porque la primera incorporación al mismo ya se había hecho por otra persona distinta del acusado, de esas personas al padrón de Casar de Palomero, que no al censo en el que ya se encontraban, tenían como finalidad alterar el censo **electoral** para interferir en unas **elecciones** ya que **elecciones** municipales no iba a haber en cuatro años aproximadamente. Que en ese período iba a haber y hubo otras **elecciones**, es evidente, como se acredita en autos, y a ellas se refiere la sentencia de instancia, las **elecciones** europeas, pero lo que no puede ignorarse es que en las **elecciones** europeas el distrito **electoral** es nacional, esto es, que una persona esté empadronada en un municipio u otro de España en nada empece, ni ninguna influencia puede tener en el resultado de las **elecciones**, requisito que siempre exige el TS para dar por probado este delito de alteración del censo, que esa alteración tenga influencia en el censo, y este a su vez en las **elecciones**, esta última cuestión no consta ni se ha acreditado, si las **elecciones** en que votaron estas personas a que se refiere la sentencia fueron las europeas de 2009, no puede detraerse que la finalidad de la alteración del padrón era la alteración del censo, para a su vez influir en el resultado **electoral** en función del número de votantes en ese distrito **electoral**, que en este caso era nacional.

TERCERO.- Si por lo expuesto ya podemos adelantar que este Tribunal considera que delito **electoral** no hay, debemos referirnos a si persiste el delito de prevaricación que se cometió dictando la resolución estimatoria de los recursos de reposición que los particulares interpusieron contra la resolución de la alcaldía de dar de baja a estas personas.

Para ello sí es necesario traer a colación el devenir que recoge la sentencia de instancia.

Y es que siendo alcalde otra persona distinta del acusado en los meses de septiembre a diciembre de 2006 aproximadamente fueron dadas de alta en el padrón de habitantes de Casar de Palomero un número aproximado de algo más de 150 personas, esas altas en el padrón las decidió y aprobó el anterior alcalde, a la sazón personado en esta causa como acusación particular. Ante esa incorporación masiva para ese municipio, en relación con el número de habitantes habitual, y estando en ese momento en período preelectoral, el consejo de empadronamiento dependiente de la oficina del censo provincial, requirió al alcalde para que efectuara las comprobaciones oportunas para constatar la residencia en la población de esas personas, todo ello referido al anterior alcalde, no al acusado en estas diligencias, a la vez el consejo de empadronamiento inició expediente y acordó comunicar al alcalde que iniciase el expediente para dar de baja de oficio a un buen número de esos nuevos empadronados, así lo hizo esa persona y en abril de 2007, cuando todavía era alcalde, publicó el decreto de baja de esos ciudadanos. Si en ese expediente se siguió o no el trámite preceptivo de comunicación a la parte, plazo de alegaciones, y desestimación o estimación por resolución de ese alcalde de esas alegaciones es algo que escapa a esta jurisdicción penal y a este procedimiento, donde como hemos apuntado los hechos enjuiciados, y que se han declarado constitutivos de delito que son imputables al acusado, son los acaecidos a partir de julio de 2007 y no los anteriores, pero lo cierto es que es frente a esa resolución de dar de baja contra la que se presentan los recursos que son estimados con la que se tilda de resolución prevaricadora.

Sin querer ser exhaustivos no está de más traer a colación una serie de requisitos que la jurisprudencia ha venido estableciendo para que una resolución administrativa adquiera tintes delictivos.

La jurisprudencia del TS ha establecido, sentencia de 1 de julio de 2008, que "El art. 404 del CP vigente castiga "a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo".

El delito de prevaricación requiere, según reiterada jurisprudencia (STS de 16-5-2003, nº 704/2003), los siguientes requisitos:

a) El "bien jurídico" protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo

el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican (sentencia, de 17 septiembre 1990).

b) Al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por **elección** popular, hoy, artículo 24 del Código Penal .

c) A dicha cualidad de funcionario público, se sobreañade la exigencia de tener el mismo facultades decisorias.

d) La infracción puede cometerse tanto mediante una actuación positiva, como omisiva.

e) En cuanto a la "resolución" viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general.

f) Respecto a la "injusticia" de la resolución puede entenderse referido dicho requisito a la falta absoluta de competencia jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los elementos formales indispensables o a su propio contenido sustancial, entendiéndose cumplido este supuesto cuando existe una contradicción patente, notoria e incuestionable con el ordenamiento jurídico o la resolución que se dicte en un procedimiento administrativo lo sea sin cumplir lo que legalmente está preceptuado con carácter esencial, de manera que se adjetiva en el Código penal de 1995 con su arbitrariedad, en correspondencia con la Constitución Española que en el art. 9.3 garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

g) La resolución ha de dictarse por el funcionario "a sabiendas" de su injusticia, lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo.

Y, en efecto, la acción propia del tipo se enuncia con los términos de dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Nos encontramos con un elemento normativo del tipo en el sentido de que su significado está suministrado por una norma jurídica y no por su uso en el lenguaje común, que se refleja en un diccionario.

Para un sector doctrinal, el sentido propio del término resolución es el que se manifiesta en el art. 89 de la Ley 30/92 de **Régimen** Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , según el cual es el acto "que pone fin al procedimiento administrativo, decidiendo todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo". Así, la resolución es una especie dentro del concepto más amplio de acto administrativo que, conforme a los arts. 54 y 55 del mismo texto, serán generalmente escritos y motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho cuando limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.

En cambio para otro sector, es resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral.

De cualquier modo, se opte por uno u otro concepto, la simple discordancia de la resolución con las normas reguladoras del ámbito administrativo no convierte en delictiva la conducta del funcionario. No basta con la mera ilegalidad de la resolución que puede ser producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, sino de algo más, de una ilegalidad arbitraria (STS 1636/200, de 26 de octubre). Debe tratarse, en último término, de una ilegalidad flagrante y clamorosa, de modo que, de existir alguna duda razonable sobre la legalidad o ilegalidad del acto, debe descartarse el delito (SSTS 278/97, de 5 de marzo y 813/98, de 12 de junio)".

En este caso, en primer lugar, en cuanto a que la misma se haya dictado por persona manifiestamente incompetente, debe descartarse ya que el alcalde es el competente para solventar esos recursos.

La no llevanza del correspondiente trámite administrativo para su resolución, en este sentido la jurisprudencia ha establecido que "Conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad

de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (artículos 53.1 , 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el artículo 63.2 de la citada Ley 30/1992 , en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. *En este sentido*, las STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y la STS núm. 76/2002, de 25 de enero , antes citadas, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS nº 331/2003, de 5 de marzo).

Insistía en estos criterios doctrinales la STS nº 755/2007 de 25 de septiembre al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso-administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación.

En este supuesto lo que hubiera sido preceptivo, única y exclusivamente, antes de dictar la resolución, es un informe del secretario del ayuntamiento. Pues sobre ese informe, que desde luego por escrito no consta, conviene recordar que está acreditado que el secretario tuvo perfecto conocimiento de que esos recursos se habían interpuesto y que iban a ser estimados, así lo declara el secretario municipal en ese momento en su declaración judicial obrante la folio 202 y 203, que él participó en la resolución del recurso, no en la interposición o redacción de ese recurso, y fue este secretario el que le dijo a la funcionaria Cristina que hiciera esos empadronamientos, declaración de esta funcionaria obrante al folio 213 y 214, y en el acto del juicio no ha negado que supiera esa cuestión, sin que conste que el mismo pusiera la más mínima traba o impedimento a esa estimación como es su obligación si consideraba que la misma vulneraba de esa forma grosera el ordenamiento jurídico y era imposible de sustentar jurídicamente. Nada de eso se hizo ni consta en la causa por lo que, que ese informe constase o no por escrito, lo cierto es que quien tenía que prestarlo conocía la existencia del recurso y la resolución que se iba a acordar, y no consta tacha ni salvedad alguna a la misma, por lo que consideramos que de ello tampoco podría extraerse un delito de prevaricación.

Y finalmente, nos encontramos con los supuestos en que la prevaricación se comete con una resolución que en puridad es tan evidentemente contraria a la ley que, aunque la misma se haya acordado sin vulnerar de manera soez la tramitación del expediente, y que se haya adoptado por la autoridad o funcionario competente, repele el ordenamiento jurídico más elemental.

Como establecía la STS nº 363/2006, de 28 de marzo , recordando entre otras la de 4 de diciembre de 2.003, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001 , entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del **Régimen** Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria , términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución , en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998 ; 4-12-1998 ; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal

para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, **no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley** (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o **cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor** (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- **no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos** (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS nº 627/2006, de 8 de junio, en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales)". (STS de 4-2-2010 y 27-6-2013)

CUARTO.- En relación con esta última posibilidad, esto es, que nos encontremos ante una resolución prevaricadora por su contenido, creemos que esas resoluciones tendrían que haber sido analizadas una por una porque en un proceso penal y en una sentencia condenatoria las imputaciones generales no son atendibles ni se ajustan a los parámetros del proceso penal.

En la causa se dice que fueron 100 resoluciones prevaricadoras datadas en julio de 2007, y como estimaciones de recursos se produjeron, sin especificar nombres ni situaciones más allá de algunos a título de ejemplo, ninguna en los declarados hechos probados.

Para llegar a esa conclusión, la juzgadora de instancia parte de que estas 100 resoluciones eran iguales, y que se estimaron cuando había una resolución del consejo de empadronamiento que decía que esas personas debían ser dadas de baja.

Analicemos estas cuestiones, en primer lugar cabe descartar la existencia de 100 resoluciones, la resolución de 5 de julio de 2007 es una sola y exclusiva, donde constan los 100 nombres que se dicen es en el anexo que se incorpora a esta. Y esa es una práctica habitual en derecho, sobre todo en resoluciones administrativas que afectan en iguales situaciones a varios ciudadanos, sin ir más lejos esa misma fórmula se utilizó por el propio consejo de empadronamiento cuando remitió al entonces alcalde, ahora acusación particular, para que iniciase de oficio el expediente de baja, véase la resolución al folio 125 a 129 y 130 a 133 de las actuaciones, y esa misma dinámica y fórmula fue utilizada por el entonces alcalde, ahora querellante, para acordar las bajas, véase prueba documental obrante a los folios 153 y 154, por lo que el ahora apelante utilizase esa misma fórmula, cuando la resolución que se recurría era exactamente la misma, y en los recursos interpuestos se había alegado lo mismo, no puede convertir en prevaricadora una resolución. Tampoco puede ello detraerse, al menos considera este Tribunal, de que los recursos también fueran iguales, en primer lugar

porque no se ha acreditado que el acusado tuviera ninguna participación en la redacción de los mismos, se ha recogido en los hechos probados que estas 100 personas tenían relación con una asociación de la que también formaba parte el acusado, asociación de cuyo seno nació la plataforma que ganó las **elecciones** municipales de 2007, pero con independencia de ello, salvo que se acredite que esa hubiera sido la razón de estimar de una forma absolutamente soez el recurso, cosa que no consta, ninguna incidencia tiene ello en el delito analizado; en primer lugar porque en ningún momento se ha acreditado una por una que esas 100 personas pertenecían a esa asociación, ni la relación con el acusado; esas personas no han depuesto en el juicio oral, ni tampoco en la instrucción, ni ninguna otra prueba, más allá del acta fundacional, folios 161 a 164, y los estatutos, folios 165 a 168 consta de esa asociación, también se incorpora una relación de miembros que data de 6 de octubre de 2006 donde figuran 278 personas, folios 185 a 191, sin que se ha determinado en la sentencia de instancia a quienes de ellas se refiere a su vez en relación con las 100 empadronadas, ni su vinculación, no ya con la asociación, sino además con el alcalde a la fecha de la resolución, 5 de julio de 2007, por lo que ante esa afirmación continuamos sin tener prueba en la que fundar que el acogimiento de todos los recursos lo sea por la pertenencia a la asociación, y no por los motivos que obran en la resolución de 5 de julio de 2007, más aún cuando **elecciones** municipales, que era la posible finalidad ilegal que podía tener el acusado, no iban a producirse hasta cuatro años después, y en cuyo transcurso es evidente que puede, y las ha habido, importantes modificaciones, como consta en la relación que ha enviado la oficina del censo y donde solo parece que quedan de esos empadronamientos por estimación del recurso, 51, por lo que esa finalidad no puede justificar la emisión de esa resolución. A mayor abundamiento, en todos estos expedientes los informes y las resoluciones que constan en los mismos son todas iguales, véanse, además de las resoluciones ya expuestas, el informe exactamente igual en todos los expedientes, y que le facilitó el anterior alcalde, y que rellenó el agente municipal Justo, sin haber ido a los domicilios ni efectuar comprobación alguna, más allá de su propio conocimiento como expuso en el plenario, cuestión que también suele ser habitual en determinadas situaciones. Por lo tanto, si era la misma resolución administrativa la que se recurría, como era la de baja dictada por el querellante, es evidente que los argumentos jurídicos de impugnación, bien podían ser los mismos, y que estos recursos estuvieran hechos por la misma persona o bufete no creemos que de ello tenga que detraerse ilegalidad alguna. Si la resolución recurrida era una con remisión a unas 150 personas, de las que recurrieron 100, con los mismos argumentos ya que la misma era la resolución, y a la vez se contesta con una resolución, que no hace sino remitirse a otra relación de esas cien personas, por estos datos no podemos afirmar el carácter de insostenible jurídicamente de la tan citada resolución de 5 de julio de 2007.

Volvemos a quedarnos única y exclusivamente con el contenido sustancial de la resolución, y en ese contenido no se aprecia que sea tan zafio como exige una prevaricación. Ya hemos apuntado resoluciones del TS en las que se establece que una resolución puede no estar acomodada a derecho y no ser prevaricadora.

Nos encontramos con una resolución que estima las alegaciones de los recurrentes, alegaciones algunas de ellas jurídicas, de especificación de si se les había dado de baja sin seguir el procedimiento oportuno, y que a la vez no se había dado de alta ni comunicada la misma a ningún municipio, se les estaba produciendo una indefensión, reiterando su residencia en esa localidad.

Pero es que además, esa resolución estimatoria de los recursos no fue impugnada por nadie, aún a pesar de constar en la misma que era posible recurrirla, pero no solo eso, es que la oficina del censo no alegó ni expuso nada, ni cuando comprobó que esas personas que el anterior alcalde había comunicado la baja, luego no se habían producido como tal porque el nuevo alcalde había estimado el recurso y había mantenido el empadronamiento, ni cuando se confeccionaron las listas **electorales** para las **elecciones** al parlamento europeo, tampoco esa oficina del censo detectó nada, ni lo puso en conocimiento del nuevo alcalde para que afectuase las comprobaciones necesarias.

Contamos, incluso, con una imprecisión sobre las personas a las que finalmente afectó esa resolución. Si nos remitimos a la causa, nos encontramos que de la relación de la oficina del censo de esas cien personas, folios 353 y ss, solo 51, (la hoja correspondiente a los números 56 a 61 está repetida), constan que su incorporación al padrón de habitantes acaeció mediante resolución de 5 de julio de 2007, todas las demás, o no están ni han estado nunca empadronadas en Casar de Palomero, o su empadronamiento data de otra fecha anterior distinta, o bien tiene lugar con mucha posterioridad. Esos son los datos que obran en esa relación a fecha de 2010. Y es que ello, a los efectos de prevaricación que se comete con una resolución, tiene su importancia, ya que habría que comprobar, uno por uno, los expedientes, la situación de los titulares de los mismos para determinar, repetimos, si el contenido de la resolución es jurídicamente insostenible en relación con ese titular y expediente, y así uno por uno.

Reducidos ya en principio a los expedientes en los que consta la tan traída y llevada resolución de 2007, y vistas las carpetas remitidas en las que figuran los expedientes concretos, nos encontramos con que además de figurar muchos más expedientes de 100, y de 150 que eran las personas primeramente empadronadas, nos encontramos con 165 expedientes por una parte, y 154 por otra, algunos repetidos, otros que no pertenecen ni coinciden con alguna de las personas que se recogen, tanto en la relación de la oficina del censo, a la que anteriormente nos hemos remitido, como la que extendió en su momento el secretario judicial, folios 81 a 86, pero es más, algunos de esos expedientes están prácticamente vacíos, o solo con la solicitud sin proveer, o incluso solo con la baja, (véanse los expedientes de Eleuterio , José , Secundino , Juan Francisco , Bruno , Aurora , Guadalupe , Sagrario , Isidro , Rodrigo , Jesús Luis , Coral , Magdalena , Zaira , Cecilio , Elisa , Guadalupe , Higinio , Pascual , Carlos María , Penélope , Amalia , Flora , Rosario , Bibiana , Cesareo , y Gregorio , como muestreo de los más de 300 expedientes remitidos), en otros consta efectivamente esa resolución de 5 de julio de 2007, como los que cita la juzgadora en el fundamento de derecho segundo, tercer párrafo, enumerando a 8 personas, y en otros no, cuando a los efectos de este procedimiento solo y exclusivamente tenían relevancia penal los 100 expedientes de empadronamiento de esas tan traídas y llevadas 100 personas, con la situación en cuanto a su falta de acreditación que acabamos de exponer.

Todas estas cuestiones, tanto la falta de especificación en los hechos probados, de quienes eran los ciudadanos en concreto que les afectaba la resolución prevaricadora, la constatación por parte de este Tribunal que no nos encontramos ante 100 resoluciones iguales, sino ante una con un anexo de las personas a las que se refería, la misma fórmula que se utilizó tanto por el consejo de empadronamiento y de la oficina del censo **electoral** a los efectos de esos expedientes de empadronamiento para dar de baja por el otro alcalde a esas personas, utilizada para estimar los recursos, recursos iguales porque igual era la resolución que se apelaba, y que justifica que la resolución estimatoria de los mismos también fuera la misma, y finalmente, con independencia de que si esa resolución se hubiera impugnado en vía administrativa, hubiera sido revocada o no, lo cierto es que nada de ello consta, y que los fundamentos expuestos por los recurrentes eran tan atendibles o estimables en derecho, como su desestimación, y cuando nos encontramos ante resoluciones que en derecho pueden mantenerse una u otra opción, no pueden considerarse prevaricadoras, con independencia de de que esos razonamientos que contienen sean los que otro órgano administrativo o judicial considere más adecuados a derecho, por lo que el recurso debe estimarse y absolverse al apelante.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por Rogelio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de lo Penal de Plasencia de fecha 25 de marzo de 2013 , **DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS** citada resolución en el sentido de **absolver** libremente y con todos los pronunciamientos favorables inherentes a ello al apelante del delito **electoral** en concurso con un delito de prevaricación por el que venía condenado, declarando de oficio las costas causadas en ambas instancias.

Déjense en suspenso las posibles medidas cautelares, tanto personales como patrimoniales que con respecto al mismo se hubieran podido acordar.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímanse las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.