

Roj: STS 6685/2012 - ECLI:ES:TS:2012:6685
Id Cendoj: 28079120012012100770

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1954/2011

Nº de Resolución: 731/2012

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: LUCIANO VARELA CASTRO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional, interpuestos por los procesados, **Trinidad** representada por la Procuradora D. Marta Isla Gómez y por **Bienvenido**, representado por la Procuradora D^a Teresa Castro Rodríguez, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Murcia** con fecha 11 de julio de 2011, en causa seguida contra ellos por un delito electoral. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **Elias**, representado por la Procuradora D^a Isabel Cañedo Vega. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Cieza, instruyó Procedimiento Abreviado nº 36/2008, contra Trinidad, Bienvenido y Higinio, por un delito electoral y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Murcia, que con fecha 11 de julio de 2011, en el rollo nº 29/2010, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"1.- Ante la proximidad de las Elecciones Locales que se iban a celebrar y celebraron el 25 de mayo de 2003, algunos miembros de la Corporación Municipal del Ayuntamiento de Fortuna, en concreto el acusado **Bienvenido**, mayor de edad y sin antecedentes penales, Alcalde Presidente de la misma, y la coacusada **Trinidad**, Concejala de Empleo, también mayor de edad y sin antecedentes penales, junto a algunos militantes del Partido Popular que no son objeto del presente enjuiciamiento, pusieron en práctica un plan con el fin de obtener votos para la candidatura del Partido Popular para el Ayuntamiento de Fortuna, partido político al que ambos pertenecían.- Consistía, usando éstos sus propias competencias como Alcalde y como Concejala respectivamente y al menos en un caso concreto sin la observancia del procedimiento establecido en las Bases Generales para la contratación de personal laboral temporal del Ayuntamiento de Fortuna, en ofrecer, por sí mismos o por terceros interpuestos, a personas interesadas en obtener un empleo en el Ayuntamiento de la localidad la posibilidad de conseguir un contrato de trabajo eventual, que luego se realizaba o firmaba por el citado Alcalde, o conseguir así determinadas prestaciones consistentes en ayudas en comida u otras, solicitando y consiguiendo directa o indirectamente a cambio de ello que las personas que querían trabajar en el Ayuntamiento y familiares de éstos les entregaran la documentación completa y necesaria que emiten las autoridades electorales para conseguir de este modo votar finalmente por correo, en lugar de los ciudadanos titulares del voto, a favor de la candidatura del Partido Popular de Fortuna.- 2.- Así, algunos vecinos del Municipio accedieron a las pretensiones de los citados acusados, entre otros, los siguientes:- **Primitivo**, quien a cambio de votar por correo al Partido Popular fue contratado por el Ayuntamiento el 21-4-2003 como auxiliar de mantenimiento de vías públicas.- **Guadalupe**, a la que el 9-5-2003 se la contrató como limpiadora después de haber entregado toda la documentación necesaria en relación al procedimiento completo del voto por correo para que su voto fuese al Partido Popular.- **Miriam**, quien, ante la expectativa generada por la acusada **Trinidad** de que le iban a proporcionar un puesto de trabajo eventual en el Ayuntamiento a cambio de su voto entregó toda la documentación necesaria del procedimiento completo del voto por correo para que éste fuese a parar a la candidatura del Partido Popular si bien, finalmente, **Miriam** no fue contratada por el Ayuntamiento.- Igualmente, la acusada **Trinidad**, el día 29-4-03 ó el día 30-4-03 abordó a **Adrian** en la calle

cerca de la puerta del domicilio de la propia acusada, en el mismo edificio de la sede local del Partido Popular del municipio de Fortuna, solicitándole el DNI suyo y el de sus padres para obtener así su voto por correo y destinarlo al Partido Popular a cambio de un puesto de trabajo en el Ayuntamiento de dicha localidad, a lo que Adrian se negó.- 3.- Por estos mismos hechos también ha sido acusado Higinio , mayor de edad y sin antecedentes penales, Concejal de Hacienda del Ayuntamiento de Fortuna, Primer Teniente de Alcalde y también militante del Partido Popular, del que sin embargo no consta que hubiera realizado, por sí o por persona interpuesta, aporte mínimamente significativo en relación a la mecánica antes descrita.

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

"Que **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a los acusados Trinidad y a Bienvenido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para ninguno de ellos, en los siguientes términos: 1.- A Trinidad , como autora de un delito electoral, conforme a los arts. arts. 135.1 , 137 , 146.1 a) y 146.2 de la L.O. 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General en relación con la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal (L.O. 19/1995, de 23 de noviembre).- 2.- A Bienvenido , como autor de:- A) Un delito electoral de los artículos 135.1 , 137 , 146.1 a y 146.2 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General y Disposición Transitoria Undécima de la L.O. 19/1995, de 23 de noviembre , que aprueba el nuevo Código Penal, en concurso real con un delito de prevaricación administrativa cometido por la autoridad o funcionario público del art. 404 CP que, en virtud de las reglas del art. 8 CP y en particular del principio de especialidad, se resuelve a favor del delito electoral.- B) Un delito autónomo de prevaricación administrativa cometido por autoridad o funcionario público del art. 404 CP .- Y en consecuencia, se les imponen las siguientes PENAS:- 1.- A Trinidad , la pena de arresto de doce fines de semana que hay que sustituir legalmente por la veinticuatro días de privación de libertad sin perjuicio de que en trámite de ejecución de sentencia y conforme a las reglas del art. 88 CP pueda acordarse la sustitución de la misma. Y se le impone la pena de multa de seis meses con cuota diaria de seis euros lo que hace un total de mil ochenta euros (1.080), y, caso de impago de la misma, previa excusión de bienes, a una responsabilidad personal subsidiaria equivalente a un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resultaran impagadas.- Igualmente, se le impone la pena de **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para los cargos de concejal o alcalde y para cualquier otro cargo público que dependa de su elección democrática conforme a la legislación electoral durante el tiempo de CINCO AÑOS, lo que produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, aun siendo electivo, y de los honores que le sean anejos, en este caso los que deriven directamente de su condición de concejal del Ayuntamiento de Fortuna. Finalmente, la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- 2.- A Bienvenido :- 2.1.- Por el delito A), las penas siguientes:- Arresto de doce fines de semana que hay que sustituir legalmente por la veinticuatro días de privación de libertad sin perjuicio de que en trámite de ejecución de sentencia y conforme a las reglas del art. 88 CP pueda acordarse la sustitución de la misma. Y se le impone la pena de multa de seis meses con cuota diaria de seis euros lo que hace un total de mil ochenta euros (1.080), y, caso de impago de la misma, previa excusión de bienes, a una responsabilidad personal subsidiaria equivalente a un día de privación de libertad por cada dos cuotas que resultaran impagadas.- Igualmente, se le impone la pena de **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para los cargos de concejal y alcalde y para cualquier otro cargo público que dependa de su elección democrática conforme a la legislación electoral durante el tiempo de CINCO AÑOS, lo que produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, aun siendo electivo, y de los honores que le sean anejos, en este caso los que deriven directamente de su condición de Alcalde del Ayuntamiento de Fortuna. Finalmente, la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.- 2.2.- Por el delito B), la pena de **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para empleo o cargo público por tiempo de SIETE AÑOS a aplicar exactamente en los mismos términos que en el delito anterior.- Y se les imponen a ambos por mitad las costas generales del proceso derivadas directamente del delito electoral, excluyendo las propias de la representación procesal de don Elias , que decía actuar como acusación particular.- Y para el cumplimiento de la responsabilidad personal que se les impone, se les abona, en su caso, el tiempo que hayan podido estar privados de libertad por esta causa, salvo que les hubiere servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditaría en ejecución de sentencia.- No ha lugar a fijación de responsabilidad civil alguna.- Y **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado Higinio de los delitos electoral, de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos de los que venía acusado. Igualmente, **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al acusado Bienvenido del delito de malversación de caudales públicos del que también venía acusado.- Se dará, en su caso, a las piezas de convicción su destino legal.- Llévase el original de la presente al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros de este Tribunal, de la que se unirá certificación o testimonio al rollo de esta Sala."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de Bienvenido

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por error de hecho en la valoración de las pruebas basado en documentos obrantes en autos que evidencia el error del Juzgador y no desvirtuados por otros elementos probatorios.

2º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim ., en relación con el art. 24 de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

3º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . en relación con el art. 24 de la CE y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a la presunción de inocencia.

4º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim . al utilizarse en el hecho probado expresiones jurídicas predeterminantes del fallo.

5º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación de los arts. que tipifican prevaricación y el delito electoral.

Recurso de Trinidad

1º.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim . en relación con el art. 24 de la CE , por vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la acusada.

2º (3º).- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y del art. 852 de la LECrim . en relación con el art. 24 de la CE , por vulneración del derecho a tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

3º.- (4º).- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por indebida aplicación del art. 146.1.a) de la LORE

4º (5º).- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por error de hecho en la valoración de las pruebas, basado en documentos obrantes en autos que evidencian el error del Juzgador y no desvirtuados por otros elementos probatorios.

5º (6º).- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 de la LECrim . al no expresar la sentencia clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados.

6º (7º).- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.3 de la LECrim . al no resolver la sentencia sobre todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los 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 19 de septiembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Trinidad

PRIMERO.- 1.- En el *primero de los motivos* la penada denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, denunciando lo que estima oposición entre el resultado de la prueba practicada y lo que la sentencia declara como hecho probado.

Se extiende el motivo en un extenso análisis de lo que estima manifestado por los elementos de prueba de naturaleza personal.

En relación a cada uno de los testimonios, que la resolución impugnada erige en fundamento de lo que enuncia como probado, la recurrente cuestiona su credibilidad y lo que considera razones para desechar como veraz aquello que tales testigos afirmaron en el juicio oral.

2.- Sobre la garantía constitucional de presunción de inocencia tenemos dicho en la Sentencias de 17 de julio de 2012 resolviendo el recurso 1827/2011 , recordando las núms. 542/12 de 12 de junio y 638/12 de 16 de julio.

1º.- Que la aceptación convencida por el Juzgador de la verdad de la imputación debe atenerse al método legalmente establecido, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción y publicidad.

2º.- Que, en relación al resultado de la actividad probatoria, la certeza del Juzgador pueda asumirse objetivamente y no como mero convencimiento subjetivo de aquél. Tal objetividad no exige que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, pero sí que resulten fundadas por su vinculación a la actividad probatoria.

Tal objetividad concurre cuando y sólo si: **a)** puede afirmarse la inexistencia de vacío probatorio, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador y **b)** la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permite predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de coherencia lógica, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por correctas, que excluya la mendacidad de la imputación.

3º.- Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

4º.- Esa objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación requiere la inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

5º.- Cuando se trata de prueba indiciaria, la prueba directa no se traduce en tal caso en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos. En tal caso merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que:

1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; **2)** los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; **3)** se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes". Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocenciacuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la solidez de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter concluyente que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

(SSTS nums. 122/2012 de 22 de febrero , 103/12 y 99/12 de 27 de febrero , 1342/11 de 14 de diciembre , 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre , 1385/11 de 22 de diciembre , 1270/2011 de 21 de noviembre , 1276/11 de 28 de noviembre , 1198/11 de 16 de noviembre , 1192/2011 de 16 de noviembre , 1159/11 de 7 de noviembre).

3.- Una inicial razón sería suficiente para desechar este motivo del recurso: la garantía constitucional, como acabamos de decir, no admite otra revisión en vía de recurso, como en el amparo constitucional, que la del examen del contenido probatorio, a los efectos solamente de considerar si, objetivamente y sin entrar a considerar la convicción subjetiva del Tribunal de instancia, resulta aceptable la declaración de un hecho como probado, por ser esa conclusión razonable a la vista de las afirmaciones producidas por los distintos medios probatorios practicados.

No cabe, pues, en este cauce procesal de la casación, someter a revisión la credibilidad que a tales enunciados haya dado el Tribunal de instancia. Ni la credibilidad que debiera darle, salvo que objetivamente, la misma resulte contraria ostensiblemente a cánones de lógica o máximas de experiencia.

Desde esa perspectiva examinaremos el discurso motivador de la sentencia recurrida.

El hecho, que a la recurrente se le imputa en la sentencia recurrida, consiste en la oferta de "empleo" o prestaciones como "ayudas en comida" a personas que le entregaran a cambio la documentación necesaria para suplantarlas al emitir el voto por correo a favor de la candidatura del Partido Popular de Fortuna en las elecciones locales del año 2003.

Esa conclusión la funda la citada en sentencia en lo manifestado por una serie de seis testigos.

De tales declaraciones la sentencia da relevancia a los siguientes contenidos:

1º) D Adrian dijo que la acusada se dirigió a él manifestándole que, "si quería trabajar en el Ayuntamiento, que le votara y le daría trabajo pidiéndole al mismo tiempo los votos de su familia".

La sentencia manifiesta que ese testimonio le resulta creíble pese a ser el requerido hijo de un Concejales de IU del mismo Ayuntamiento, a ser menor de edad al tiempo del hecho -sin que se especifique si al tiempo de votar podía hacerlo- y por no estimar acreditada la imposibilidad de que la acusada el día del requerimiento estuviera imposibilitada por enfermedad para encontrarse en el lugar del requerimiento.

2º) Doña Eugenia quien manifestó que ella votó por correo, no añadiendo que lo hiciera por medio de la acusada, de quien reconoció ser amiga. Manifiesta que "obtuvo un puesto de trabajo en el Ayuntamiento por aquellas fechas", sin que la sentencia aclare si fue antes o después de las elecciones. Lo que recoge la sentencia es que la testigo aclaró que eso "no guarda relación con este tema del voto por correo".

No obstante la sentencia da relevancia de prueba de cargo a este testimonio porque, según dice, a la testigo *se le escapó* un comentario según el cual la testigo manifestaría que votó por correo "para que la farmacia le diese pañales" y ello pese a que la testigo "quiso rectificarlo inmediatamente".

3º) Doña Maribel en cuyo testimonio hizo expresa protesta de que siempre vota al PP y que lo hace libremente. Que ello es irrelevante en relación al hecho de que es trabajadora del "Consistorio".

La sentencia da relevancia a este testimonio por el dato, que aquella califica de *curioso*, y conforme al cual la testigo facilitó su DNI -nada dice la sentencia sobre el resto de la documentación electoral- a su madre que, a su vez, lo facilitó a la madre de la acusada.

4º) D. Domingo manifestó que la acusada se dirigió a él pidiéndole el carné suyo, y de sus familiares, para hacer el voto por correo, "señalándole que, si le daban esos votos a él, le darían trabajo".

Pone de manifiesto la sentencia que tal testigo no votó por correo. Que otras personas fueron a su casa -una tía suya y la madre de la acusada- y a éstas les dio el DNI de su padre del que dice que "está en estado vegetal". Y que después hizo unas manifestaciones -elaboradas por un concejal de otra entidad política- acudiendo la Sra. Notaria al domicilio diciéndole que su padre no puede votar.

5º) Doña Guadalupe manifestó que tomó ella la iniciativa de pedir trabajo a la acusada y fue entonces cuando ésta le dijo "que le daría trabajo, pero que le tenía que dar el voto" añadiendo la testigo que **por ello** le entregó el DNI. Que también su madre entregó su DNI. Que la documentación electoral la fue a buscar a su domicilio D. Isaac quien dijo acudir a tal efecto *en nombre* de la acusada. El 9 de mayo de 2003 suscribió un contrato de trabajo firmado por el Alcalde.

6º) Doña Miriam . Hermana de la anterior. También reconoce la iniciativa de ir a pedir trabajo a la acusada. A diferencia de aquélla no obtuvo un contrato de trabajo, pese a la promesa de la acusada, pero sí le dieron *vales de comida* .

La sentencia recoge que la testigo dijo que ella votó por un puesto de trabajo no por el Partido Popular.

4.- Ciertamente no resulta desatinado cuestionar la razonabilidad de asumir el testimonio de quien se dice hijo de un concejal de una opción política bien contraria a la de la recurrente si, como en otro pasaje afirma la sentencia, dada las dimensiones demográficas del municipio, aquel dato había de ser sobradamente conocido para la acusada.

Como débil es la relación entre la facilitación por la testigo Doña Maribel de su DNI para ser usado en la emisión de voto por correo, si la misma testigo niega cualquier tipo de requerimiento al efecto por la acusada como condición de promesa o dádiva alguna.

Cuestión distinta es la afirmación de la afirmación de tales requerimientos de voto a cambio de promesa fundada en lo afirmado por las testigos hermanas Miriam Guadalupe e incluso en el testimonio de D. Domingo , que, pese a las advertidas contradicciones, resultan directamente incriminadoras conforme a un discurso inequívoco. De tal suerte que objetivamente permiten asumir como veraz lo imputado, en cuanto resultado del debate público y ajustado a pautas intervención contradictoria de las partes en la producción probatoria, que excluyen cualquier ilicitud.

Razonable es la inferencia de que tal requerimiento de voto existió en el caso de la testigo Doña Eugenia , no solamente porque a la testigo se le escapó la expresión que reseña, y aunque da cuenta de que la tal testigo proclamó su amistad con la acusada y que aseguró que su contratación por el Ayuntamiento fue ajena a requerimiento alguno de dicha acusada, cuya existencia no afirmó. La razonabilidad surge si atendemos a que tal testigo también admite que "obtuvo un puesto de trabajo por aquellas fechas".

Por otra parte, la tesis alternativa de la defensa de la recurrente hace hincapié en que fueron las supuestas requeridas las que tomaron la iniciativa de solicitar el trabajo, para derivar de ello que aquella iniciativa alcanzó a la oferta por los testigos de cargo de abdicar de emitir personalmente el voto facilitando su emisión por la propia acusada. Incluso en nombre de familiares de los testigos. Pero esa conclusión resulta huérfana de todo apoyo probatorio sin que vaya más allá de ser una especulación defensiva. Lo que incluso ocurre si partimos de la base, que algunos testigos no excluyen, de la realidad de que fueron ellos los que pidieron el puesto de trabajo antes de ser éste ofertado por la recurrente a título de contraprestación del dominio sobre el voto.

SEGUNDO.- En el *tercero de los motivos* (no se articula ninguno como *segundo*) denuncia la vulneración de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva.

Basta para rechazar este motivo advertir que nuevamente cuestiona la recurrente la razonabilidad de la asunción de testimonios por la sentencia, lo que, además de ser ajeno a esta garantía constitucional, ya ha sido objeto de rechazo al examinar el motivo anterior.

Por otra parte alude la recurrente a que determinadas manifestaciones de testigos en el juicio oral -particularmente las de la Sra. Eugenia - no pudieran ser replicadas por la acusada que declaró con anterioridad. Pues bien, sin perjuicio de que la acusada dispuso del derecho a la última palabra, su defensa tuvo todas las oportunidades para formular en contradicción las preguntas que estimara pertinentes. Nada lesionó la garantía invocada.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- En el *cuarto motivo* , al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia que los hechos, incluso tal como se declaran probados, no pueden calificarse como constitutivos del delito del artículo 146.1.a) de la LOREG.

Como razones de tal discrepancia en la subsunción de aquellos hechos en el tipo penal se esgrimen: **a)** que en definitiva nada tiene de dádiva la contratación para trabajar, pues el contratado no es beneficiado al tener que desempeñar el esfuerzo de su trabajo a cambio del salario; **b)** que uno de los receptores del requerimiento no era elector cuando se le requirió y **c)** que la recompensa o dádiva solamente resultaría típica si el beneficiado es precisamente quien es elector y no un tercero, por lo que no hay delito si el elector es solamente familiar de quien se beneficia de la oferta.

En cuanto al argumento a) no cabe sino considerarlo próximo al sarcasmo cuando se piensa en la cifra de personas que no disfrutaban de una relación laboral retribuida. Pensar que para los mismos obtener un contrato que la instaure no es una recompensa o remuneración, incluso dádiva, es irritante.

En cuanto al argumento b), además de que solamente excluiría uno de los múltiples actos de solicitud de voto que la sentencia imputa, olvida que, en todo caso, no consta que el requerido, en ese caso, no fuera elector al tiempo de emitir el voto aunque no tuviera la edad para votar días antes.

En cuanto al argumento c) lo relevante es que un elector (*algún* elector, dice el precepto penal especial) ve como es solicitado para que emita el voto en determinado sentido, coincida o no con su voluntad, influyendo espuriamente en ésta, con recompensa, dádiva o remuneración, que, con la solicitud de voto, se efectúa, bien a favor del mismo elector, bien de cualquier otra persona, si esa remuneración, recompensa o dádiva puede influir, forzándola, en la voluntad del titular del derecho de voto.

Por otra parte el delito imputado se consume por el mero hecho de la solicitud. Sea o no atendida por el destinatario de la bastarda influencia. Incluso vote o no el titular de ese derecho.

Así lo hemos declarado en la Sentencia de esta Sala Segunda de este Tribunal Supremo nº 485/2006 de 28 de abril .

CUARTO.- En el *quinto de los motivos* se limita a remitir a los motivos anteriores. La desestimación de éstos implica por tanto también la del citado quinto.

QUINTO.- El *sexto de los motivos* dice ampararse en el ordinal 1 del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . No obstante no indica a cual de los conceptos previstos en dicha norma se refiere el motivo.

La exposición del motivo parece reprochar a la recurrida una insuficiencia en la concreción de hechos imputados a la recurrente y en la subsunción de los mismos en la norma penal que justifica después la condena. Califica de genérico el relato de imputación. Y de manera incomprensible alude a una "predeterminación" del fallo. Menos comprensible es el motivo cuando protesta una contradicción "entre la sentencia y los hechos probados".

Basta recordar que la *contradicción* determinante del quebrantamiento de forma que justifica la casación ha de atribuirse a la sentencia en cuanto se detecta entre unos hechos probados y otros hechos probados. Como, por otra parte, tal quebrantamiento por *predeterminación* es el que resulta del uso de términos jurídicos que, suplantando la previa indicación del hecho probado, llevan al fallo sin exposición de tal premisa fáctica y, por ello, sin la motivación necesaria, quedando el fallo predeterminado por aquel termino no empírico ni fundado.

Finalmente la primera alusión a lo genérico del relato histórico no se compadece con la exposición, de la que dimos cuenta en el primer fundamento jurídico, de los muy concretos datos de hecho con los que la recurrida funda la premisa histórica del tipo penal atribuido: estos, cada uno de los requerimientos de votos a personas concretas, por sí, en unos casos, y por medio de diversas personas, en otros casos, de quienes se pedía la documentación, que permitiera suplantarle en el acto de votar, a cambio de la oferta de obtener trabajo retribuido.

El motivo se muestra injustificado y se rechaza.

SEXTO.- Con notorio error califica el *séptimo motivo* de incongruencia omisiva la supuesta ausencia de respuesta a cuestiones suscitadas acerca de específicos medios de prueba. Basta cualquier consulta a la jurisprudencia para detectar la unanimidad en diferenciar la incongruencia omisiva, que da lugar a la casación, de la falta de milimétrico plegamiento de la sentencia a cada una de las cuestiones que a la parte se le ocurra dentro de la batería de argumentos para avalar sus pretensiones. Porque la incongruencia omisiva concierne precisa y solamente a la falta de decisión precisamente sobre esas pretensiones, no a las argumentaciones esgrimidas para su satisfacción.

Por ello el motivo se rechaza.

Recurso de Bienvenido

SÉPTIMO.- 1.- El *primero de los motivos* postula que sea modificada la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida en todo lo relativo a la actuación del recurrente, sustituyendo tal relato por un enunciado que se limite a declarar que "no ha resultado probado que D. Bienvenido haya participado ni directa ni indirectamente en los hechos enjuiciados".

El cauce procesal para tal pretensión es en realidad doble. En dicho primer motivo se ampara en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que autoriza a casar sentencias si se puede poner en evidencia un error en la valoración de la prueba mediante determinados medios -documentos- y circunstancias -como la ausencia de otros medios de prueba que funden lo que es objeto de proclamación como probado-. A su vez, en el *segundo de los motivos* se insiste en la denuncia de inaceptabilidad del discurso fáctico de la recurrida. Ahora, entre otras razones, a las que después se dará respuesta, por considerar que aquella conclusión sobre la prueba, que proclama la sentencia, es incompatible con la garantía constitucional de presunción de inocencia, acogiéndose al cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

2.- Desde luego la técnica procesal del recurso es poco aceptable.

No porque no sea cohonestable la denuncia constitucional, que implica la ausencia de prueba válida, con la de error en la valoración de tal inexistente prueba. Es inaceptable fundamentalmente la invocación del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ya que no se satisfacen en absoluto las exigencias para la admisibilidad a trámite de tal motivo. Lo que ahora debe acarrear su desestimación.

Conviene ahora recordar la doctrina jurisprudencial sobre el alcance y presupuestos del motivo casacional empleado por el recurrente (849.2).

Al respecto hemos dicho, entre otras muchas, en nuestras Sentencia núms. núms. 569/11 de 27 de mayo , 184/11 de 17 de marzp, 569/11 de 27 de mayo, nº 184/11 de 17 de marzo, Sentencia resolviendo el recurso nº 1616/01 de 17 de febrero , y en las nº 1159/2010 de 27 de diciembre , la nº 427/2010 de 26 de abril , nº 1.148/2009 de 25 de noviembre y la nº 996/2009 de 9 octubre . y lo reiteramos ahora, que el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , es el único cauce para impugnar en casación la apreciación de la prueba hecha en la instancia, siendo manifestación del control de lo que hoy podemos denominar interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo. 9.3 de la Constitución Española), de tal suerte que solamente podría aplicarse en supuestos muy concretos en los que, habiendo una prueba indubitada sobre un extremo determinado, la sentencia de la instancia la había desconocido.

Conforman las exigencias para la estimación del motivo examinado las siguientes:

a) El *presupuesto* del que ha de partirse es que haya habido un error en la construcción del "factum", incluyendo extremos no acontecidos o excluyendo otros sucedidos. El motivo de casación fundado en error en la valoración de la prueba admite, no solamente la exclusión de afirmaciones que se estimen erróneas, sino también la inclusión de afirmaciones omitidas en la sentencia contra la que se recurre.

b) *Su ámbito lo indica el precepto invocado cuando exige que el error sea puesto de manifiesto por un documento que, si en la redacción hoy vigente no se exige que sea fehaciente, no puede estar en contradicción con cualquier otro medio de prueba . La razón de tal excepción es, precisamente, que tal medio de prueba puede ser valorado con inmediatez por el Tribunal de casación. Es decir que la posición de éste en la recepción de ese elemento de juicio se produce en identidad de condiciones que las que caracterizaban su recepción por el Tribunal de la instancia.*

c) Los requisitos son:

1º.- *Que el mal denominado documento no se circunscriba a la mera documentación de otros elementos de naturaleza personal (declaraciones de testigos, informes de peritos e incluso documentación de inspecciones que reflejan percepciones de quien realiza la inspección).*

Por ello, en principio, la documentación de la prueba pericial es ajena a la técnica de este cauce procesal. No obstante la Jurisprudencia ha admitido una clara expansión del ámbito en un supuesto restringido caracterizado porque: 1ª) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario y 2ª) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS. 182/2000 de 8.2 , 1224/2000 de 8.7 , 1572/2000 de 17.10 , 1729/2003 de 24.12 , 299/2004 de 4.3 , 417/2004 de 29.3).

Aún debe añadirse otra importante advertencia, como recordábamos en la sentencia antes citada, y es que la excepcional reconducción del informe o informes periciales a la categoría equivalente a la prueba

documental **no abre la vía para una nueva valoración de la prueba pericial documentada**, sino que el Tribunal de casación ha de partir del enunciado reflejado en el informe documentado. Por ello, si el Tribunal de instancia ha puesto en relación tales enunciados con los producidos por otros medios de prueba, o cuestiona la conclusión reflejada en el dictamen escrito, por atender al resultado de sometimiento de los peritos autores del dictamen a contradicción en el juicio oral, ese dictamen emitido con anterioridad pierde la excepcional habilitación como documento a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2º.- Que al tiempo **no tenga que valorar el Tribunal de Casación otros medios de prueba de naturaleza personal** en los que la inmediación resulta trascendente para dicha valoración. Por ello se requiere que las declaraciones de los documentos no aparezcan contradichos por otros elementos probatorios, tenidos en cuenta por Tribunal de instancia..."

3º.- Que la conclusión discrepante de la declaración de hechos probados a modificar surja desde el documento mismo de manera directa y sin recurrir a inferencias, es decir que el documento sea **suficiente desde su mera literalidad** para constatar el error. Es decir que tales documentos acrediten el error por oponerse frontalmente y por sí mismos a lo declarado probado sin necesidad de interpretaciones o razonamientos que los complementen -lo que se conoce por "**littero suficiencia**".

4º.- Que tal modificación sea **trascendente para la subsunción** es decir que por su relevancia la resolución recurrida deba modificarse en el sentido de su parte dispositiva, al menos en parte.

Pueden verse, entre otras las sentencias de este Tribunal Supremo núms. 248/09 de 11 de marzo ; 440/09 de 30 de abril , la de 27 de mayo de 2009 y la nº 807/2009 de 13 julio .

3.- Y resulta poco discutible que el recurrente invoca documentos que, por sí solos, en absoluto acreditan la exclusión del acusado respecto tanto al acto del requerimiento a electores como de la omisión de actuaciones de control previo sobre los contratos que el recurrente firmó.

Es decir que, aún proclamando probado los datos a que tales documentos se contraen, en nada variaría la trascendencia de los demás hechos declarados probados.

Tales documentos, incluso de ser reconocidos como hábiles a los efectos de casación, carecen de la denominada litterosuficiencia que el precepto indicado exige.

En efecto, las denominadas *bases de contratación* y el *informe de una asesoría laboral*, nada pueden acreditar que no sea, aquellas, como *deberían* realizarse las contrataciones y éste no hace sino describir lo que la asesoría informa, pero no que tal informe haga que la actuación del imputado sea acorde a Derecho. Pero, y esto es lo trascendente, en ningún caso tales documentos acreditan que los concretos contratos, cuya firma la sentencia de instancia erige en fundamento de imputación, fueran celebrados en las condiciones exigidas para su legalidad.

Obviamente el *documento acreditativo de resultados electorales* deja intactas las afirmaciones esenciales sobre los hechos fundamento de la imputación. Como tampoco tiene trascendencia la *constatación de la data desde la que la coacusada tiene competencia en materia laboral* en el Ayuntamiento.

En realidad en este motivo lo que el recurrente hace es cuestionar la razonabilidad de la conclusión, desde la perspectiva de la *insuficiencia* del acervo probatorio para argumentar esa tesis incriminadora. Pero eso es lo que debe examinarse desde la alegación de la vulneración constitucional, invocada en el motivo segundo, y por ello, examinaremos tal tesis del recurrente al estudiar ese motivo, dejando el primero rechazado.

OCTAVO.- 1.- En efecto, el *segundo motivo* formula dos reproches de contenido constitucional. Uno relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial, que examinaremos a continuación en otro fundamento, y en el otro se reitera lo que ya viene siendo objeto de argumentación en el motivo primero.

Se trata de la puesta en cuestión de los asertos que atribuyen al recurrente, por un lado, participar del **plan** sobre requerimientos de votos a cambio de contratos de trabajo u otra prebenda, y, por otro lado, la **omisión consciente de todo control** sobre la legalidad de las actuaciones que concluían con su firma de tales contratos.

Además de alegar el contenido de los documentos que referimos en el anterior fundamento, el recurrente estima que su reconocimiento de autoría de las firmas de los contratos no lleva necesariamente a autoincriminarse sobre los requerimientos, ni presupone el reconocimiento de que tales firmas fueran contrarias a Derecho. Recuerda que la propia Sala de instancia desprecia como elemento de convicción lo

dicho por la coacusada. Que resulta insuficiente aludir, sin más concreción ni contundencia, como el recurrente dice que hace la Sala, a la mera "posibilidad teórica" de que en la Oficina de Correos existiera un "punto débil" que facilitara el voto por correo emitido por persona diversa de la titular de tal derecho. Subraya la neutralidad del dato de que el acusado fuera funcionario de tal servicio si no se explica que en nada tuvo que ver con la oficina de Fortuna y estaba excedente desde el año 1999. Que, en cuanto a la denuncia por el Sr. Teodulfo sobre irregularidades en la tramitación de los contratos, ha de advertirse que no existía reclamación alguna contra los mismos. También excluye que los denominados indicios atendidos por la Sala de instancia tengan consistencia concluyente.

Reprocha a la sentencia que invierta la carga de la prueba cuando exige a la defensa la prueba de la *urgencia* que justificara la contratación sin el procedimiento, cuya ausencia denuncia.

2.- Por lo que se refiere a la garantía de presunción de inocencia reiteramos lo dicho con ocasión del recurso de la otra penada.

3.- El primer hecho imputado al recurrente en la sentencia recurrida es el de compartir con la coacusada un *plan* consistente en realizar, por sí y por otros no juzgados, la **oferta de "empleo" o prestaciones como "ayudas en comida" a personas que le entregaran a cambio la documentación necesaria para suplantarlas al emitir el voto** por correo a favor de la candidatura del Partido Popular de Fortuna en las elecciones locales del año 2003.

Pero la sentencia añade al mismo, como hecho penalmente relevante y por ello punible, que, como Alcalde, **no llevase a cabo en general ninguna actividad de control sobre el cumplimiento de requisitos de los contratos** de trabajo que, sin embargo, firmó. Tal omisión de control general es tomada en consideración, por la Sala de instancia, de forma autónoma al hecho de la firma de los contratos, hecho éste de la firma que calificará como subsumido en el delito electoral, cometido por la conjunción de las firmas de contratos por este acusado y los requerimientos de voto.

Para fundar tal imputación autónoma de la omisión de control como prevaricación, la sentencia acude a los siguientes medios de prueba conforme a los cuales tendría por enervada la presunción de inocencia.

a) la manifestación de la coimputada Doña Trinidad . La vertida en la primera sesión del juicio oral de esta causa y en la que manifestó que la oferta era efectuada por el Alcalde y toda la candidatura. Tales manifestaciones ocasionaron una información suplementaria, fruto de la cual fue la imputación del ahora recurrente.

No obstante la Sala de instancia y tras un amplio excurso sobre el tratamiento jurisprudencial de admisibilidad de tal medio de prueba, asume que "no puede valorar como posible prueba de cargo" estas manifestaciones.

b) La Sala de instancia tampoco asume, a los efectos de salvaguardar la garantía indicada, el testimonio de Doña Candelaria .

c) Como primer elemento de prueba, asumida de cargo, considera la recurrida la declaración del acusado aceptando ser el autor de las firmas de los contratos de empleo de determinadas personas.

Considera la sentencia que esa firma es un acto *relevante* , además de imprescindible para que los contratados pudieran trabajar en ese concepto.

Admitida la citada firma por el acusado, no se alcanza a comprender la trascendencia de que también los dos contratados -Doña Guadalupe y D. Nemesio - lo corroboren.

d) Para justificar la imputación en la concreta persona del Alcalde recurrente, la Sala de instancia parte de lo manifestado por dos testigos. El concejal de IU -Sr. Teodulfo - que manifiesta que los contratos se firmaban sin que precediera el exigible procedimiento, y uno de los contratados -Sr. Jesus Miguel - que reconoce que él "no tuvo que pasar ningún proceso de selección".

La Sala tiene, además, por **no acreditada la urgencia**, que pudiera justificar la prescindencia de tal procedimiento y recuerda que el Alcalde era el "máximo garante del cumplimiento de la legalidad administrativa".

Y le reprocha que no iniciara, u ordenara iniciar, ninguna revisión de lo sucedido. Y ello pese a que en un **pleno del Ayuntamiento del 7 de mayo el concejal testigo Don. Teodulfo denunció** que eso estaba ocurriendo en una pluralidad de casos. Y que el contrato con Doña Guadalupe lo **firmó el recurrente dos días después de tal pleno.**

De tal suerte de elusión del procedimiento, que implicaba convocatoria de aspirantes y control en una Comisión de la decisión a adoptar, deriva la inferencia de que el Alcalde auspiciaba ese procedimiento *porque estaba implicado en el plan* de ofrecer contratos a cambio de votos. Y lo hacía consciente de la ilegalidad de la contratación que suscribía.

e) La Sala toma como corroboración de su inferencia otra serie de datos, que, en su parecer, redundan a favor de la misma justificación de la imputación: el *beneficiarse como candidato* de los votos así procurados, su poder dentro del partido que le confería el *dominio de hecho de la situación política local*, que la coacusada era persona de su máxima confianza, como deriva de los cargos que le confirió, siendo aquella coacusada la que desplegó la actividad de fraudulentos requerimientos de voto bajo promesa, por lo que, dada la condición de pequeño pueblo concurrente en Fortuna, estima la Sala, que el acusado no podía desconocer la dicha actuación de la coacusada Doña Trinidad .

4.- Pues bien, siguiendo las pautas de constatación de la satisfacción de exigencias constitucionales ex garantía de presunción de inocencia, y tras constatar que no se cuestiona la validez de los medios empleados, podemos concluir que son asumibles de manera objetivamente cierta las afirmaciones de la sentencia recurrida, en cuanto al hecho de que este recurrente se había concertado con la otra penada para llevar a cabo los actos de requerimiento ilícitos a electores. No, desde luego, porque la Sala contase con prueba directa acerca de ese *pactum scaeleris* . Pero sí porque otros hechos acreditados permite inferir aquel acuerdo delictivo siguiendo cánones de lógica y experiencia.

En efecto la laxitud que caracterizó las contrataciones, al menos en los casos de los contratos a los que no precedió el procedimiento exigible, solamente encuentra justificación en el conocimiento de que con ello se estaba corroborando la previa oferta de la Concejal compañera de lista electora y persona de su confianza. Corroboración que, a su vez, solamente resulta explicable si estaba previamente acordada entre ambos.

Los hechos base que han de darse por acreditados son el reconocido de la firma de contrato, que el Alcalde encabezaba la lista para la que se pedía el voto, que la coacusada formaba parte de esa lista, que no se hizo convocatoria pública alguna para la contratación y que esta tuvo lugar en las fechas previas a las elecciones. Contexto de esos hechos objeto de prueba directa son los datos que la recurrida añade sobre la ascendencia que sobre los intervinientes y la gestión de la campaña había de tener no solamente quien era candidato sino que venía siendo ya Alcalde, o el tamaño de la circunscripción electoral, y que el voto a emitir iba destinado a su reelección. Si este contexto es, por sí solo, notoriamente insuficiente para justificar la conclusión del citado pacto, contribuyen a que los demás hechos base justifiquen esa conclusión de manera coherente y sólida sin equivocidad ni fisuras en su capacidad concluyente.

La tesis alternativa, de ignorancia de previos requerimientos a electores, en el marco, además, de una contratación de urgencia, no pasa de ser una alegato exculpatorio que está huérfano de toda probanza. Es más la tan alegada urgencia no podía en ningún caso prescindir de un mínimo procedimiento que acreditara el cumplimiento de los requisitos que las bases de contratación -que el propio recurrente aporta- imponen en tales casos de prescindencia del procedimiento ordinario, y que reclaman la acreditación de que se cumplen los principios de mérito y capacidad, según resulta del párrafo segundo de la base primera de contratación, obrante al folio 167.

Por ello compartimos la tesis de la instancia en cuanto a la existencia de un acuerdo entre este recurrente y la otra penada para, con distribución de funciones, asumir ambos el conjuntamente proyectado proyecto de influir en la voluntad de los electores mediante los ilícitos requerimientos a medio de las promesas y recompensas que se enuncia como hecho probado.

5.- Por lo que se refiere a la impugnación de la veracidad de la omisión de un control general sobre los procedimientos de contratación, dada la irrelevancia penal de tal dato de hecho, a los efectos del delito de prevaricación, resulta innecesario examinar este aspecto del motivo.

NOVENO.- 1.- Como dejamos adelantado, el recurrente formula en el *motivo segundo* otro reproche a la sentencia de instancia de contenido constitucional: el haber imputado a este acusado, para fundar la condena por delito de prevaricación, un hecho (omisión) pese a que no fue objeto de imputación por ninguna de las partes acusadoras.

Hacia referencia el recurrente a la atribución de "dejación en la posición de vigilante que debiera haber mantenido el Alcalde" sobre la regularidad de las contrataciones laborales. Admitido que la acusación incluía la imputación de un delito de prevaricación, se advierte que tal imputación se fundaba en otro hecho (acción) - la firma de los contratos- que la propia sentencia excluye, por estimar que su valoración, como presupuesto de

la prevaricación objeto de acusación, implicaría una doble consideración de lo mismo, y que tal presupuesto fáctico quedaba abarcado por dos normas en concurso, que excluía la consideración de un eventual concurso de delitos.

Por ello, afirma el recurso, se ha incurrido en una extralimitación que implica indefensión proscrita por la garantía de tutela judicial efectiva.

2.- No nos corresponde examinar ahora el acierto o desacierto de la Sala de instancia al decidir no sancionar el hecho de que el recurrente firmase los contratos como otro hecho delictivo distinto del ya imputado delito electoral.

Al respecto ninguna de las partes nos traslada queja alguna.

Constreñidos pues al examen de la toma en consideración por el Tribunal de instancia del aspecto omisivo del comportamiento que se imputa al recurrente en la sentencia recurrida, ha de reconocerse que la acusación sí lo había enunciado, siquiera no como presupuesto de una prevaricación de manera escindida del acto de la firma de los contratos.

Pero en todo caso no cabe que el recurrente argumente que respecto a esa parte del comportamiento que se le reprochaba por la acusación no tuvo ocasión de defenderse. Es más de hecho así lo hizo tratando de justificarse mediante la alegación de que se trataba de contrataciones de urgencia.

Por ello el motivo no es estimable.

DÉCIMO.- En el *tercero de los motivos* se insiste en la queja de contenido constitucional, reprochando a la sentencia de instancia que ponga a cargo de la defensa la introducción, no efectuada, de prueba documental acreditativa de la "urgencia" en la contratación de las personas a las que se le requirió la sustitución en la emisión del voto.

Con tal tesis la sentencia habría vulnerado las garantías de presunción de inocencia y tutela judicial. Y es que el recurrente estima que la ausencia de tal aportación documental no puede erigirse en prueba de cargo contra el mismo.

Ya hemos dejado expuesto que ambas garantías han sido respetadas. La de presunción de inocencia porque los indicios acreditados permiten inferir que este acusado actuaba de acuerdo con la otra recurrente aportando lo necesario para que la actividad de aquella fuera fértil en relación al fin propuesto: conseguir los votos para la candidatura en que ambos se integraban.

Y la referencia a la tutela judicial en este motivo resulta ininteligible. Pero en cualquier caso en modo alguno atañe a esa garantía la decisión del Tribunal en cuanto tiene por no acreditada la urgencia de los contratos tachados de ilícitos mediante la referencia que aquella hace a la no utilización por la parte de la facultad prevista en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Por más que esa referencia de la sentencia a tal precepto resulte poco comprensible.

UNDÉCIMO.- El *cuarto de los motivos* denuncia un quebrantamiento de forma que se habría producido por enunciar como hecho lo que es mera "valoración jurídica" con lo que se predetermina indebidamente el fallo.

Se argumenta que, pese a que los únicos hechos descritos tienen por protagonista a la coacusada, se añade la afirmación de la existencia de un "plan" concertado por ambos acusados.

Desde luego la afirmación de un acuerdo o plan constituye un enunciado empírico o histórico, no de naturaleza normativa jurídica. Aquel aserto es susceptible de ser considerado veraz o errado. Por verificable y refutable. Lo que le aleja de la naturaleza de los juicios de valor entre los que se clasificarían los juicios normativos.

Ciertamente podrá discutirse si, así enunciado, resulta indeterminado y dificulta la defensa. O que requiere la exposición de datos desde los que se infiere.

Pero ni una ni otra queja son acogibles.

La indeterminación porque no necesita más concreción la imputación del plan que la que puede derivarse de los particulares actos de su ejecución. Esos actos son minuciosamente descritos. Tanto los asumidos por la coacusada como los que se reservaba el aquí recurrente, por más que éstos se limitarán a hacer realidad la promesa al que abdicaba de su derecho a votar para ser sustituido por las personas que los acusados estimasen.

La exposición de los datos de los que se infiere resulta exhaustiva cuando, en trance de motivación, la sentencia recurrida hace una más que amplia exposición a la que ya nos hemos referido, al rechazar la impugnación mediante alegato de vulneración de la presunción de inocencia.

DUODECIMO.- El *quinto de los motivos* denuncia una doble infracción de precepto penal en la subsunción del hecho probado.

1.- La primera por estimar cometido el delito electoral. Para justificar esa queja se alega que el recurrente, personalmente, no ha efectuado requerimiento alguno de los descritos como probados a electores determinados. Olvida que la autoría del delito se realiza tanto por quien se dirige personalmente al requerido como por quien lo hace a través de otro. Y ello porque cuando el mensaje se transmite a medio de un nuncio, el emittente no es éste, sino quien se lo confía para hacerlo llegar al destinatario. Y, en el caso de que la oferta exija plurales contribuciones a favor del requerido, serán sujetos activos todos los que con tal contribución hacen posible el riesgo de torcimiento de la voluntad del elector sobornado, porque todos ellos son solicitantes del sentido de su voto. Desde ambas premisas el recurrente, dados los hechos probados, es sujeto activo del tipo imputado. El mensaje de contratación ha de tener su origen precisamente en quienes, desde sus respectivas responsabilidades, podían cumplir la promesa y estaban interesados en la contraprestación de ésta.

2.- La otra infracción concierne a la imputación del delito de prevaricación en modalidad omisiva que la sentencia imputa.

Al respecto ha de advertirse que dicha sentencia excluye como acto ejecutivo de dicho delito el positivo de la firma de los contratos. Y ello con independencia del acierto de dicha sentencia al estimar la antijuridicidad de dicho acto absorbida por el tipo penal del delito electoral.

La cuestión se centra pues en si el *incumplimiento del deber de controlar la corrección del procedimiento de contratación* constituye el delito previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal .

3.- La sentencia de instancia -en el apartado 6.3 del fundamento jurídico sexto- reprocha al recurrente "omitir las mínimas actuaciones de seguridad simultáneas o posteriores a su conocimiento de esos otros hechos" en referencia a lo denunciado por un concejal en el Pleno del Ayuntamiento de 7 de mayo de 2003.

Estima que el Alcalde se encontraba en relación a la legalidad de las contrataciones en posición de garante. El incumplimiento de la misma se realiza, dice la sentencia, con **autonomía** de la conducta de solicitud de voto, incluyendo en ésta la firma de los contratos comprometidos en dicha solicitud. Y enuncia la sentencia las graves consecuencias de ello para valores como la seguridad jurídica o la proscripción de arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos.

En el ámbito del discurso de dogmática penal la sentencia aborda la cuestión de la modalidad de comisión por omisión referida al delito prevaricación. Y busca amparo para su entendimiento en el acuerdo de esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 30 de junio de 1997.

4.- Una lectura atenta de dicho acuerdo permite comprender que la **equiparación** , en lo que a tipicidad de la prevaricación se refiere, entre la comisión activa y omisiva, se circunscribe a los supuestos en que la omisión imputada resulta jurídicamente equivalente, como resolución presunta, a una resolución expresa.

Ahora bien el alcance de tal posibilidad, recogida en sentencias ulteriores, se comprende a la luz de lo que se expone en la Sentencia dictada a continuación de dicho acuerdo, que fue la 784/1997 de 2 de julio. En ella se da cuenta de que al jurisprudencia venía manteniendo dos posiciones contrapuestas, contraria la una y favorable la otra a la tipificabilidad como prevaricación de comportamientos omisivos. Y al resolución del plenario de la Sala se *decantó a favor de la admisibilidad de la comisión por omisión especialmente tras la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que viene a otorgar a los **actos presuntos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa.***

Desde luego no resulta dudosa la posibilidad de sancionar prevaricaciones por mera omisión cuando la norma penal la tipifica específicamente, como en el caso del artículo 320 o del 329 del Código Penal . Como ocurre en los casos de omisión en el cumplimiento del deber de perseguir determinados delitos.

Pero cuando, ante la ausencia de específica previsión del tipo de omisión propia o pura se pretende, la sanción a título de comisión por omisión, no puede prescindirse del presupuesto de **equivalencia** exigido en el artículo 11 del Código Penal . Precisamente porque la tal equiparación se tiene por concurrente conforme a la ley administrativa citada entre actos presuntos y expresos, se admitieron en tales hipótesis la modalidades de comisión por omisión del delito del artículo 404 del Código Penal .

En la Sentencia 1382/2002 de 17 de julio , se reiteró la doctrina nueva cuando dijimos: *En relación a la posibilidad de prevaricación por omisión , es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 Jun. 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos (debe decir presuntos), en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal «... la autoridad... que... dictase resolución arbitraria...» de manera positiva, es decir dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta, también se produce por la negativa a responder . En este sentido son numerosas las resoluciones de esta Sala que admiten la c omisión por omisión de este delito -- SSTS 1880/94 de 29 Oct ., 784/97 de 2 Jul ., 426/2000 de 18 Mar . y 647/2002 de 16 Abr ., entre otras--.*

En la Sentencia 1093/2006 de esta Sala Segunda , citada en la recurrida, no es otra la doctrina sentada cuando se recordaba que el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el 30 de junio de 1997, se examinó la conducta de un Alcalde que **no convocó el pleno que le ha sido solicitado** para decidir una moción de censura. Se tomó el Acuerdo de que tal conducta es subsumible en el tipo de prevaricación del artículo 404 del Código Penal por entender que la prevaricación recogida en ese precepto puede cometerse por **omisión** . Desde luego el acto de no convocar era equivalente a la expresa resolución denegatoria de la convocatoria solicitada.

Pero a tales supuestos no cabe equiparar el genérico incumplimiento de cualquier deber de actuar. Así no cabe equiparar la mera ausencia de procedimiento, o su no iniciación con la adopción de una resolución de manera presunta o por silencio.

Ciertamente la *omisión del preceptivo procedimiento* que debe preceder a la adopción de una *resolución expresa* puede considerarse constitutivo de prevaricación, pero ésta se comete cuando se adopta la resolución sin tal procedimiento, es decir adopta una forma de comisión activa. Tal es el caso de la Sentencia de este Tribunal nº 861/2008 de 15 de diciembre . O el de la, entre otras, nº 755/2007 de 25 de septiembre. Pero en tales casos la prevaricación se consume por el dictado de una resolución expresa.

Pero es claro que el Tribunal de instancia, en el caso que ahora juzgamos, con acierto que no podemos entrar a examinar, excluye que esa parte activa del comportamiento del recurrente quede sancionada dentro del tipo de delito electoral imputado.

Por ello, la omisión de procedimientos de previa constatación de requisitos para la adopción de los acuerdos reflejados en la firma de los contratos de trabajo, pudieran considerarse determinantes de la arbitraria ilicitud de tales acuerdos de contratación. Pero carece por sí solo de entidad autónoma de esa ulterior antijuridicidad. Sin que, dada la decisión del Tribunal de instancia de no penar separadamente aquellos actos de contratación, podamos tener por cometido delito de prevaricación como sanción de esa ausencia de requisitos que dieran licitud a la firma de los contratos.

Menos aún cabría tomar en consideración una genérica y abstracta omisión en el cumplimiento del deber de inspeccionar el funcionamiento de la contratación por el Ayuntamiento. Ese mero incumplimiento de deber puramente omisivo, diferenciado de cualquier resolución expresa o presunta, no resulta tipificado. Ni un sistema democrático podría autorizar la consideración como delito de toda omisión pura en ausencia de concretas tipificaciones como las más arriba citadas.

Por ello el motivo debe ser estimado.

DECIMOTERCERO.- La estimación parcial del recurso interpuesto por **Bienvenido** , lleva a la declaración de oficio de las costas causadas por el mismo y la total desestimación del recurso de **Trinidad** obliga a imponerle las costas derivadas del mismo. Todo ello de conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR parcialmente** al recurso de casación interpuesto por **Bienvenido** contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la **Audiencia Provincial de Murcia** con fecha 11 de julio de 2011 , a que parcialmente casamos y dejamos sin efecto con declaración de oficio de las costas, y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación que contra la misma sentencia formuló **Trinidad** a la que imponemos las costas derivadas de dicho recurso

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

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil doce.

En la causa rollo nº 29/2010, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 36/2008, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Cieza, contra Bienvenido , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , Trinidad , mayor de edad, con DNI nº NUM001 y Higinio , mayor de edad, con DNI nº NUM002 , por delito electoral, prevaricación y malversación de caudales públicos, la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2011 , que ha sido **casada y anulada parcialmente** 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 Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se aceptan los hechos probados de la sentencia de la instancia .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la sentencia de casación los hechos que se declaran probados no son constitutivos de delito de prevaricación.

Procede por ello absolver a D. Bienvenido de dicho delito, dejando sin efecto las penas que por el mismo le habían sido impuestas.

Dado que la sentencia de instancia no había impuesto costas por razón de dicho delito, nada cabe añadir.

Por ello

III. FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Bienvenido del delito de prevaricación por el que venía condenado y sin efecto las penas por ello impuestas, ratificando en lo demás la sentencia de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.