

Id Cendoj: 28079120012006101123  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2177/2005  
Nº de Resolución: 1093/2006  
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO  
Ponente: CARLOS GRANADOS PEREZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Prevaricación por omisión.

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil seis.

En los recursos de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuestos por la acusación particular en nombre de Dolores y por el acusado Francisco , contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra en causa seguida por los delitos de prevaricación, falsedad, delito electoral y falta de desobediencia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la vista y votación, bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y como partes recurridas Adolfo , representado por el Procurador Sr. Granizo Palomeque y Marí Luz , representada por la Procuradora Sra. Campillo García y estando dichos recurrentes representados, la acusación particular por la Procuradora Sra. Jaén Jiménez y el acusado por la Procuradora Sra. Campillo García.

## **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Tafalla instruyó Procedimiento Abreviado con el número 11/2004 y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de Navarra que, con fecha 28 de julio de 2005, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:"Probado y así se declara: A.- En virtud de lo dispuesto en el *Real Decreto 374/2003, de 31 de marzo* se convocaron elecciones municipales a celebrar el día 25 de mayo siguiente, a cuyo efecto el Censo Electoral a utilizar era el cerrado el día primero del mes anterior al de la fecha de la convocatoria.- B.- Francisco , nacido en Pitillas el día 14 de febrero de 1944, hijo de Rafael y de Julia, con DNI número NUM000 , con domicilio en la CALLE000 número NUM001 de Pitillas, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, ostentaba la condición de Alcalde del Ayuntamiento de la referida localidad en los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003, y fue elegido para el mismo cargo en las elecciones celebradas el día 25 de mayo de 2003.- Adolfo , nacido en Pitillas el 14 de diciembre de 1957, hijo de Jesús y de M<sup>a</sup> Pilar, con DNI número NUM002 , con domicilio en la CALLE001 número NUM003 de la referida localidad, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, ostentaba la condición de Concejal del Ayuntamiento de la referida localidad en los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003, y fue elegido para el mismo cargo en las elecciones celebradas el día 25 de mayo de 2003. Eusebio , nacido en Pamplona el día 2 de diciembre de 1967, hijo de Porfirio y de Angeles, con DNI número NUM004 , con domicilio en Pitillas CALLE002 número NUM005 , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, ostentó también la condición de Concejal del Ayuntamiento de la referida localidad hasta la toma de posesión de los nuevos miembros de la Corporación, luego de las elecciones celebradas en el mes de mayo de 2003.- Marí Luz nacida en Pitillas el día 2 de mayo de 1960, hija de Juan y de Antonia, con D.N.I. número NUM006 con domicilio en Pitillas CALLE003 número NUM001 , sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, es funcionaria del Ayuntamiento de Pitillas, condición que ya ostentaba durante los meses de diciembre de 2002 y enero de 2003.- C.- El día 23 de diciembre de 2002 D. Rodolfo presentó en el Ayuntamiento de Pitillas, en bloque, NUM003 hojas o peticiones de empadronamiento en la citada localidad, y, posteriormente, otras doce más; el día 30.12.2002 se volvieron a presentar en el Ayuntamiento referido, en bloque también, más solicitudes de empadronamiento en Pitillas, sucediendo lo propio durante el mes de enero de 2003, ascendiendo el total de las solicitudes presentadas entre el 23 de diciembre de 2002 y el 31 de enero de 2003 a 135, todas

ellas por cambio de residencia y correspondiente a ciudadanos españoles todos mayores de edad, salvo uno, en la fecha de celebración de las referidas elecciones municipales. La población oficial de Pitillas a 1.1.2002 era de 546 habitantes y el Censo Electoral a 1 de diciembre de 2002 era de 478 electores, de modo que las altas producidas por las solicitudes de empadronamiento a las que se acaba de hacer mención tenían una importante incidencia en el Censo electoral a utilizar en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2003.- D.- Las hojas o peticiones de empadronamiento que se presentaron el día 23 de diciembre de 2002, por su número, dieron lugar a que la funcionaria administrativa del Ayuntamiento, la acusada Marí Luz , pusiese en conocimiento de la Secretaria del Ayuntamiento y del Alcalde, el también acusado Francisco , tal hecho, decidiéndose efectuar una consulta telefónica al respecto a la Delegación Provincial de Navarra de la Oficina del Censo Electoral, desde donde se informó a la funcionaria del Ayuntamiento de Pitillas que ante la masiva presentación solicitudes de empadronamiento no se podía hacer nada para evitar las altas debiendo proceder a realizar las mismas en el Padrón municipal, razón por la cual en las solicitudes sucesivas se procedió directamente a cursar éstas causando las correspondientes altas padronales.- La referida funcionaria Sra. Marí Luz rellenó, parcialmente, de su puño y letra 36 de las solicitudes mencionadas, fundamentalmente lo datos relativos a la dirección del solicitante de empadronamiento sin que llegase a firmar ninguna de ellas ni a imitar firma alguna; no obstante en su propio domicilio se empadronaron sus suegros, sus cuñados y dos sobrinas, pese a que todos ellos no vivían en Pitillas, dato conocido por la Sra. Marí Luz .- Adolfo ayudó a rellenar y rellenó en parte 16 solicitudes, habiendo entregando personalmente en el Ayuntamiento tres; no firmó las solicitudes ni imitó la firma obrante en ellas.- Del mismo modo Eusebio rellenó las solicitudes de empadronamiento de sus hermanas, pese a conocer que residen habitualmente en Pamplona, y de otras cuatro personas más pese a conocer que residen habitualmente en San Sebastián y Pamplona, por entender que todas ellas estaban vinculadas con el pueblo; asimismo presentó personalmente en el Ayuntamiento las solicitudes de sus hermanas sin que tampoco llegase a firmar ninguna de ellas ni a imitar firma alguna.- D. Baltasar , suegro del acusado Francisco , suscribió la hoja correspondiente, en concepto de "persona mayor de edad anteriormente inscrita", en orden a la solicitud de empadronamiento en Pitillas, y en su domicilio, de cuatro personas nacidas en Eibar (Guipúzcoa) y procedentes de tal municipio, personas respecto de las que el Sr. Francisco conocía que no residían en Pitillas, aunque solían ir por tal localidad. De igual modo solicitaron empadronarse en Pitillas, procedentes de San Sebastián el hijo del Sr. Francisco , su esposa y los padres de ésta, haciendo constar como domicilio el de la CALLE000 número 1 de Pitillas.- E.- La Delegación Provincial de Navarra de la Oficina del Censo Electoral al recibir el envío de las 135 variaciones padronales por cambio de residencia producidas entre las fechas mencionadas, a la vista del número de habitantes y de electores del municipio, y por si el número de altas aludido pudiera deberse "a un intento de fraude de personas que verdaderamente ni residen ni van a residir en el municipio" se dirigió al Ayuntamiento de Pitillas, mediante oficio de 19.2.2003 dirigido a a su Alcalde, para que con arreglo a lo acordado por la Junta Electoral Central informase explicando "las causas del incremento experimentado en el número de personas inscritas en el Padrón municipal, indicando si se ha verificado la residencia efectiva de los nuevos residentes en el municipio así como el parecer de esa Corporación sobre las altas producidas", se pedía la remisión de "copia de todas las hojas de inscripciones del Padrón municipal relativas a estos ciudadanos..." y concluía textualmente: "En el supuesto de que el Ayuntamiento considere que las altas dadas en su Padrón corresponden a personas que no residen en el municipio, deberán (sic) iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio, conforme a lo dispuesto en el *artículo 72 del Reglamento de Población y apartado 11. 1.c. 2*) de la Instrucción de 9 de abril de 1997, comunicándolo a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral a los efectos procedentes".- El acusado, Francisco , en su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pitillas contestó al referido oficio mediante otro fechado el día 6 de marzo de 2003 en los términos siguientes: "En relación con su escrito de fecha 19 de febrero del 2003, en relación con las variaciones padronales existentes en este municipio paso a exponerle el Informe explicativo que me solicita.- Respecto a las causas de incremento experimentado en el número de personas inscritas, se desconoce cual puede ser el motivo de cada una de las personas, pero no se poseen elementos que puedan hacer pensar en una motivación diferente a la ser estar empadronados en el municipio donde efectivamente se reside, bien de forma continuada, bien la mayor parte del tiempo.- Se desconoce si en algún caso puede haber intención de alterar el Censo para la próximas elecciones municipales y autonómicas. Este aspecto solo se podría comprobar una vez pasadas las elecciones y visto las personas que efectivamente permanecen como residentes en Pitillas.- Desde este Ayuntamiento de Pitillas, no se ha procedido a verificar la residencia efectiva de los nuevos residentes, al igual que en todas las altas producidas hasta la fecha, al carecer de medios para ello.- Este Ayuntamiento no considera necesario realizar tal comprobación, puesto que no existen indicios de una falsa residencia en la forma establecida en la legislación vigente para determinar el empadronamiento.- Además la efectividad de dicha residencia, únicamente se podría comprobar una vez transcurrido al menos un año desde que se dieron de alta en el padrón municipal, para poder constatar durante cuantos días de dicho periodo residieron efectivamente en el Municipio de alta en el Padrón, con la dificultad que trae consigo dicha verificación y los medios necesarios para poder realizar dicha comprobación, de los cuales en la actualidad carece este Ayuntamiento". En consecuencia, el acusado, Francisco , una vez acordó las altas en el Padrón municipal,

actuación que se consideró correcta por parte de la referida Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, y una vez fue requerido al efecto ni dio las órdenes oportunas para verificar el requisito relativo a la residencia respecto de las nuevas altas padronales, pese a ser tal dato de la efectiva residencia fácilmente comprobable, ni consideró precisó realizar tales verificaciones puesto que, como afirmó, "no existen indicios de una falsa residencia en la forma establecida en la legislación vigente para determinar el empadronamiento", por lo que tampoco acordó iniciar el procedimiento de baja de oficio, conforme a lo dispuesto en el *artículo 72 del Reglamento de Población*, ni adoptó acuerdo alguno a fin de que el Ayuntamiento iniciase el referido procedimiento cumpliendo lo dispuesto en el primer párrafo del precepto que se acaba de mencionar, y todo ello pese a conocer que, en la mayor parte de las altas producidas, no concurría el requisito relativo a la residencia habitual en la municipio de Pitillas, así como la incidencia que las altas padronales efectuada y la falta de iniciación del procedimiento de baja de oficio tenían en la formación del Censo Electoral a utilizar en las elecciones municipales a celebrar el 25 de mayo de 2003. F.- La Oficina del Censo Electoral acordó la realización de una inspección respecto de las altas referidas por estimar que en razón de las circunstancias concurrentes e, incluso, por no haberse erigido nuevas casas, existían indicios de posible "fraude Electoral". En la inspección realizada por dos funcionarios del INE durante una mañana, se comprobaron 34 domicilios de los 60 donde aparecían nuevas altas, resultando que en 19 de ellos se les dijo a los funcionarios inspectores que las personas de que se trataba no vivían en ellos.- Resulta asimismo, a título de ejemplo, que la casa de la CALLE001, 43 de Pitillas donde se empadronaron el 20 de enero de 2003 María Cristina y Ángel Jesús carece de suministro de energía eléctrica. Sucede lo propio con las personas empadronadas el día 30.1.2003 en la calle sita en la AVENIDA000, NUM007, donde además varias de las personas empadronadas en Pitillas dejan solos en el domicilio de origen en Pamplona y Barañain a menores de edad. En otros casos, como sucede en el caso de la familia David empadronados en la misma fecha, el domicilio de empadronamiento, CALLE004, NUM008 corresponde a establecimiento fabril donde no figuraba nadie inscrito.- En el Censo Electoral del municipio de Pitillas cerrado al día 1.3.2003 y hasta el censo cerrado a 1.6.2004 han causado baja 98 personas, de las cuales al menos 59 bajas corresponden al listado de 135 personas empadronadas en Pitillas entre el 23 de diciembre de 2002 y el 31 de enero de 2003".

2.- La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos absolver y absolvemos a Adolfo, a Eusebio y a Marí Luz de los delitos de que fueron acusados en esta causa, alzando cuantas medidas se adoptaron en su contra.- Asimismo debemos absolver y absolvemos a Francisco del delito electoral continuado del *art. 140.1 j) de la LOREG*, del delito continuado de falsedad documental del *art. 390.1.4* y de la falta de desobediencia del *art. 634, ambos del Código Penal*. - Y debemos condenar y condenamos a Francisco, como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación administrativa del *art. 404 del Código Penal*, en relación con el delito electoral descrito en el *art. 139.1 de la LOREG*, ya definido, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de ocho años, seis meses y un día de inhabilitación especial para empleo o cargo público municipal o concejil así como cualquier otro de carácter electivo. Imponemos al condenado el pago de la quinta parte de las costas causadas, incluidas en la misma proporción las de la acusación particular, y declaramos de oficio las restantes cuatro quintas partes".

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

4.- El recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Dolores se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 894 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción del *artículo 140.1 j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el *artículo 390 del Código Penal*. Segundo.- En el segundo motivo del recurso en relación con el acusado Adolfo, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción del *artículo 140.1 j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el *artículo 390 del Código Penal*. Tercero.- En el tercer motivo del recurso, en relación con la acusada Marí Luz, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción del *artículo 140.1.j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*, en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el *artículo 390 del Código Penal*.

El recurso interpuesto por el acusado Francisco se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION: Primero.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Segundo.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo*

849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 11 en relación al artículo 404, ambos del Código Penal . Tercero.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 11 en relación al artículo 404, ambos del Código Penal . Cuarto.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los artículos 11 y 404, ambos del Código Penal , en relación con el artículo 139.1 de la LOREG . Quinto.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del Código Penal . Sexto.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 14.3 del Código Penal . Séptimo.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 123 del Código Penal , en relación al artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5. Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

6. Hecho el señalamiento para la vista, se celebró la misma y la votación prevenida el día 11 de octubre de 2006.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### RECURSO INTERPUESTO POR LA ACUSACION PARTICULAR EN NOMBRE DE Dolores

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del artículo 140.1.j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General , en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el artículo 390 del Código Penal.

Se alega, en defensa del recurso, que el acusado Sr. Francisco ha cometido un delito de falsedad en documento público en materia electoral al haber permitido la inscripción masiva de solicitudes en el padrón de habitantes y hacer caso omiso de los requerimientos de la Oficina del Censo Electoral.

El precepto que se dice infringido establece que constituye delito cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal de 1973 , ahora artículo 390 del vigente Código Penal , es decir alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial; simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad; suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho; o faltando a la verdad en la narración de los hechos

Y ninguna de esas conductas se atribuyen al acusado en el relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser rigurosamente respetado, en cuanto, como bien se señala en la Sentencia recurrida y en el escrito del Ministerio Fiscal, impugnando el presente motivo, el acusado consultó con la oficina competente del Censo sobre las nuevas altas y se le dijo que debía tramitarlas sin perjuicio de las comprobaciones posteriores, y tampoco consta que interviniese en las solicitudes de alta en el padrón.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, en relación con el acusado Eusebio , formalizado al amparo del número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , se invoca infracción del artículo 140.1.j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General , en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el artículo 390 del Código Penal.

Se alega que la conducta del Sr. Adolfo es constitutiva de un delito de falsedad en materia electoral

En este caso, la falsedad electoral se atribuye a un acusado que resultó absuelto, y es de reiterar lo expresado para rechazar el anterior motivo ya que los hechos que se declaran probados no permiten sustentar tal conducta delictiva ya que si bien ayudó a rellenar y rellenó en parte dieciséis solicitudes de empadronamiento, habiendo entregado personalmente tres de ellas, se añade que no firmó ninguna ni imitó firma alguna, y que ello se hizo tras la consulta y acorde con las instrucciones recibidas de la Delegación en Navarra del Instituto Nacional de Estadística y es más, como también se señala por el Tribunal

Sentenciador, la invocada conducta delictiva requiere que el funcionario hubiese abusado de su oficio o cargo, y ello no se puede atribuir a quien, aunque sea miembro de la Corporación municipal, no tiene atribuidas, por razón de su cargo, las funciones de rellenar ni presentar tales solicitudes de empadronamiento.

Este motivo tampoco puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, en relación con la acusada Marí Luz , formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , se invoca infracción del *artículo 140.1.j) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General* , en relación con el apartado d) del mismo número y artículo y con el *artículo 390 del Código Penal*.

Se alega que la conducta de la Sra. Bravo es constitutiva de un delito de falsedad en materia electoral.

Es de dar por reproducido lo expresado para rechazar los anteriores motivos referidos a otros acusados, ya que esta acusada, que era funcionaria administrativa del Ayuntamiento, como en el caso anterior, rellenó parcialmente varias de las solicitudes de empadronamiento, concurriendo las mismas circunstancias que se han dejado expresadas respecto a los otros dos acusados. Este motivo tampoco puede ser estimado.

#### RECURSO INTERPUESTO POR EL ACUSADO Francisco

PRIMERO.- En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 2º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , se invoca error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Se designa como documento, que se dice acreditar error por parte del Tribunal de instancia, un certificado del Secretario del Ayuntamiento de Pitillas sobre la plantilla orgánica del Ayuntamiento de esa población en los años 2002 y 2003, obrante al folio 64 del Rollo de Sala y que el contenido de ese certificado debe incluirse en el relato fáctico.

Se alega, en apoyo del motivo, que el Tribunal de instancia no hubiese podido apreciar el delito de prevaricación, si constase en los hechos que se declaran probados la escasez de medios personales del Ayuntamiento de Pitillas.

Ha señalado esta Sala en numerosas sentencias, (293/2006, de 13 de marzo y 1340/2202, de 12 de julio , entre otras), que este motivo de casación exige los siguientes requisitos: en primer lugar ha de fundarse en una verdadera prueba documental, quedando excluidas las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; en segundo lugar, que el documento evidencie el error cometido por el juzgador al consignar algún elemento fáctico o material de la sentencia, por su propio contenido, sin tener que recurrir a otras pruebas ni a conjeturas o complejas argumentaciones; en tercer lugar, que sobre el mismo extremo no existan otros elementos de prueba, pues en ese caso se trata de un problema de valoración sometido a las reglas generales que le son aplicables; y, finalmente, en cuarto lugar, que el dato o elemento acreditado por el particular del documento designado por el recurrente tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Resulta esencial, por consiguiente, la exigida autonomía probatoria, es decir, que por su propio contenido y condición tenga capacidad demostrativa autónoma sin necesidad de acudir a conjeturas o argumentaciones ni precisar adición de otras pruebas (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1998)

Y eso evidentemente no se produce en el supuesto que examinamos ya que la certificación sobre la plantilla orgánica del Ayuntamiento en modo alguno desvirtúa las razones expuestas y las pruebas que han sido valoradas para sustentar el pronunciamiento condenatorio, en el que no influye el mayor o menor número de los funcionarios que integran la plantilla del Ayuntamiento.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, del *artículo 11* en relación al *artículo 404*, ambos del *Código Penal*.

Se dice producida tal infracción en cuanto el recurrente, como Alcalde, carecía de los medios personales necesarios para la comprobación de la residencia de los vecinos empadronados, por lo que falta el requisito de la posibilidad de actuar propio de todos los delitos omisivos.

El motivo no puede prosperar.

El vigente *Código Penal* contiene en su *artículo 11* una regulación expresa de la comisión por omisión mediante una cláusula general. La estructura del delito de comisión por omisión que ha venido precisando la doctrina de esta Sala con anterioridad al *Código Penal de 1995* (cfr., entre otras muchas, sentencia de 19 de enero de 1994) no se ve desautorizada por el *artículo 11 del Código Penal*. El tipo objetivo se integra por las siguientes notas: a) que la no evitación del resultado que implica la omisión sea equivalente a su causación; b) que el resultado que no se ha evitado sea típico y c) que se haya infringido un especial deber jurídico que le era exigible para la evitación del resultado por su posición de garante. Y las fuentes de esa posición de garantía vienen concretadas en el citado *artículo 11*, en una doble alternativa, en los siguientes términos: "a) cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar" y "b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente". Se afirmará la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto que se hallaba en posición de garante hubiese podido evitarlo mediante la acción que le era exigible y ha omitido.

La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

En 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.

Posición que ha sido recogida en numerosas sentencias de esta Sala como son exponentes las Sentencias 784/1997, de 2 de julio y 965/1999, de 14 de junio.

Pues bien, la capacidad de realizar la acción determinada que le era exigida, que es uno de los elementos que integran la estructura de los delitos de omisión, puede afirmarse con toda evidencia, en contra de lo que se defiende en el presente motivo, respecto al ahora recurrente.

Nada impedía, ni siquiera esa alegada insuficiencia de personal, iniciar el procedimiento de baja de oficio de unos empadronamientos indebidos, que tenían una importante incidencia en el Censo electoral a utilizar en las elecciones municipales de 25 de mayo de 2005, como se declara probado, lo que le había sido requerido por la Delegación Provincial de Navarra de la Oficina del Censo Electoral, como se puede comprobar en el oficio de 19 de febrero de 2003 que, meses antes de celebrarse las elecciones, recibió el acusado, en su condición de Alcalde, en el que se le decía que con arreglo a lo acordado por la Junta Electoral Central informase explicando "las causas del incremento experimentado en el número de personas inscritas en el Padrón municipal, indicando si se ha verificado la residencia efectiva de los nuevos residentes en el municipio así como el parecer de esa Corporación sobre las altas producidas", se pedía la remisión de "copia de todas las hojas de inscripciones del Padrón municipal relativas a estos ciudadanos.." y concluía textualmente: "En el supuesto de que el Ayuntamiento considere que las altas dadas en su Padrón corresponden a personas que no residen en el municipio, deberán (sic) iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio, conforme a lo dispuesto en el *artículo 72 del Reglamento de Población y apartado II.1.c.2*) de la Instrucción de 9 de abril de 1997, comunicándolo a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral a los efectos procedentes". El acusado, ahora recurrente, en su condición de Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Pitillas contestó al referido oficio mediante otro, fechado el día 6 de marzo de 2003, en el que, entre otros extremos, se decía que "este Ayuntamiento no considera necesario realizar tal comprobación, puesto que no existe indicios de una falsa residencia en la forma establecida en la legislación vigente para determinar el empadronamiento..."

Consta en los hechos que se declaran probados que la población oficial de Pitillas, a uno de enero de

2002, era de 546 habitantes y el Censo Electoral, a uno de diciembre de 2002, era de 478 electores, y que las solicitudes de empadronamiento, realizadas entre 23 de diciembre de 2002 y el 31 de enero de 2003, supusieron un total de 135, relacionándose familiares próximos a Concejales y funcionarios del Ayuntamiento que se dieron de alta sin vivir en el municipio, declarándose expresamente probado que el suegro del recurrente suscribió la hoja correspondiente, en concepto de persona mayor de edad anteriormente inscrita, en orden a la solicitud de empadronamiento en Pitillas y en su domicilio, de cuatro personas nacidas en Eibar (Guipúzcoa) y procedentes de tal municipio, personas respecto de las que el recurrente conocía que no residían en Pitillas aunque solían ir por tal localidad; de igual modo se empadronaron en Pitillas, procedentes de San Sebastián, el hijo del recurrente, su esposa y los padres de esta.

Así las cosas, le resultaba evidente que las altas o la mayoría de ellas no se correspondían con personas que residían en el municipio por lo que debió iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio, lo que no hizo con pleno conocimiento de que estaba obligado a actuar y sin que existiera obstáculo alguno que se lo impidiera.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, del *artículo 11* en relación al *artículo 404*, ambos del *Código Penal*.

Se alega, en defensa del motivo, que falta uno de los requisitos de la comisión por omisión, esto es, que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, como consecuencia de una específica obligación legal, argumentándose que no existía un deber absoluto y determinadamente imperativo del contenido del requerimiento de la Oficina del Censo Electoral ya que venía condicionado a la existencia de una premisa cuya concurrencia dice ser discutible, en cuanto hay que iniciar el procedimiento de baja de oficio siempre que exista una falsa residencia en los términos de la legislación vigente.

El motivo debe ser desestimado.

Es de dar por reproducido lo que se ha dejado expresado para rechazar el motivo anterior, y como en él se expresa el recurrente estaba obligado, como se le había recordado y ordenado, de iniciar de inmediato el procedimiento de baja de oficio ya que concurrían los presupuestos que así lo exigían, sin que estuviese supeditado a ninguna premisa, máxime cuando no hizo gestión alguna para acreditar lo que ya le resultaba bien evidente.

Están presentes, por lo que se ha dejado expuesto, cuantos elementos integran la estructura del delito de comisión por omisión como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como los otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Y ese no hacer lo que le venía legalmente obligado constituyó una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales, que es lo que caracteriza el delito de prevaricación que le ha sido aplicado.

Así las cosas, puede afirmarse la concurrencia de cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de prevaricación del que fue acusado el recurrente cuya conducta omisiva, a sabiendas de su injusticia, supone tanto como dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, al haberse negado a iniciar el procedimiento de baja de oficio de los empadronamientos correspondientes a personas que no residían en el municipio, lo que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante.

CUARTO.- En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, de los *artículos 11 y 404*, ambos del *Código Penal*, en relación con el *artículo 139.1 de la LOREG*.

Se alega, en defensa del motivo, que el Alcalde recurrente no infringió ninguna norma relativa a la formación del censo electoral y, en segundo lugar, derivada de la anterior, que la omisión del Alcalde no ha afectado al censo electoral, ya que de haber realizado la actuación que la Audiencia le reclama ninguna incidencia hubiera tenido en el censo, por lo que la omisión no puede equipararse a la acción en el sentido exigido por el *artículo 11 del Código Penal*.



Es de reiterar lo expresado para rechazar los motivos anteriores, y de ellos como del relato fáctico de la sentencia de instancia se infiere que ese no hacer lo que le venía legalmente obligado supuso que no se eliminaran del Censo electoral una serie de personas cuya incorporación lo había alterado sustancialmente dado el número de las altas y de electores existentes, resultado que se hubiese evitado de haber hecho lo que le venía legalmente obligado.

El motivo debe ser desestimado.

QUINTO.- En el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, del *artículo 404 del Código Penal*.

Se afirma, en defensa del motivo, que el Alcalde recurrente no ha dictado resolución arbitraria ni el Alcalde ha actuado a sabiendas de su injusticia.

Es de dar por reproducido lo expresado para rechazar los motivos anteriores. Como se ha dejado expuesto, el recurrente en su condición de Alcalde ha omitido hacer lo que le venía obligado, como bien se señala en la sentencia de instancia haciéndose expresa referencia al *artículo 72 del Reglamento de Población*, y ese no hacer equivale a una denegación que entrañe una patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico con desprecio de los intereses generales, que es lo que caracteriza el delito de prevaricación correctamente apreciado por el Tribunal sentenciador.

SEXTO.- En el sexto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, del *artículo 14.3 del Código Penal*.

Como subsidiario del anterior, se dice que concurre un error de prohibición invencible al actuar siguiendo los consejos del asesor del Ayuntamiento.

El motivo debe ser desestimado.

Ese invocado error mal se compagina con los hechos que se declaran probados y resulta, a estos efectos, bien expresivo y claro el oficio recibido de la Delegación Provincial de Navarra de la Oficina Electoral que disipa cualquier duda, difícil de concebir, que pudiera tener el recurrente.

SEPTIMO.- En el séptimo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1º del *artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, se invoca infracción, por aplicación indebida, del *artículo 123 del Código Penal*, en relación al *artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Se dicen infringidos esos preceptos en cuanto se alega que las costas de la acusación popular no pueden imponerse al condenado y se afirma que la Sra. Azkona no es perjudicada ni ofendida por el delito por lo que no puede ejercer la acusación particular.

Este motivo tampoco puede prosperar.

La Sra. Dolores actuó en todo momento como acusación particular y ninguna objeción se hizo a esa personación, máxime cuando se trataba de la cabeza de lista de la agrupación electoral que concurría con la que encabezaba el acusado recurrente a unas elecciones cuyos resultados se vieron afectados por la conducta enjuiciada.

No concurren razones que impidan una expresa imposición de esas costas.

### III. FALLO

DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS LOS RECURSOS DE CASACIÓN por infracción de precepto constitucional el infracción de Ley interpuestos por la acusación particular en nombre de Dolores y por el acusado Francisco, contra sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 28 de julio de 2005. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas con sus respectivos recursos. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo

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



mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Carlos Granados Pérez , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.