

# Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal) Sentencia num. 784/1997 de 2 julio

[RJ1997\5684](#)



**PREVARICACION:** Alcalde que no convoca Pleno Extraordinario para resolver una moción de censura: comisión por omisión. **IMPEDIR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS RECONOCIDOS POR LAS LEYES:** concurso de leyes: principio de especificidad. Recurso de casación por quebrantamiento de forma: predeterminación del fallo en hechos probados.

**Jurisdicción:** Penal

Recurso de Casación 2197/1996

**Ponente:** Excmo Sr. Carlos Granados Pérez

Con fecha 26-6-1996 se dicta Sentencia por la Audiencia Provincial de Madrid en la que se declara probado que el día 24-6-1992, siete de los once concejales del Ayuntamiento de la localidad de Valdemorillo, provincia de Madrid, del que es Alcalde el acusado Mariano G. P., plantearon una moción de censura contra el citado, al amparo de lo establecido en el art. 197 de la LO 5/1985, de 19 junio, del Régimen Electoral General, modificado por la LO 8/1991, de 13 marzo, con propuesta de candidato para el cargo de Alcalde, y pese a ello, el acusado sabedor de que dicha normativa le obligaba a convocar una sesión extraordinaria del pleno de la Corporación para su discusión y votación en un plazo de quince días, y con absoluto desprecio a la legalidad citada, no procedió a la convocatoria de dicha sesión, impidiendo así que pudiera debatirse la moción de censura contra él impuesta, vedando asimismo la participación ciudadana, a través de sus legítimos representantes, en los asuntos municipales.

Y condena a Mariano G. P. como autor de un delito de prevaricación y otro de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos en concurso, a la pena de ocho años y seis meses de inhabilitación especial para los cargos de Alcalde, Concejales y cualquier otro electivo análogo así como los honores anejos a los mismos.

Contra la anterior resolución recurrió el procesado en casación alegando los motivos que se estudian en los fundamentos de derecho.

El TS **declara haber lugar** parcialmente al recurso y dicta segunda sentencia en la que absuelve a Mariano G. del delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos del que era acusado, y le condena como autor de un delito de prevaricación sustituyendo la condena de la sentencia de instancia por siete años de inhabilitación especial para cargos de Alcalde, Concejales y cualquier cargo electivo análogo así como los honores anejos a los mismos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.-

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 404 del vigente Código Penal ([RCL 1995\3170](#) y [RCL 1996\777](#)), antiguo artículo 358 ([RCL 1973\2255](#) y [NDL 5670](#)).

Se argumenta, en defensa del motivo, que la doctrina de esta Sala sobre el delito de prevaricación no puede afirmarse en la conducta del acusado por faltar el elemento de la injusticia en la resolución administrativa adoptada y por absoluto desconocimiento por parte del acusado de estar cometiendo una injusticia. Se añade en el motivo que la conducta del Alcalde, al no convocar el Pleno para debatir la moción de censura, no tuvo como fundamento el absoluto desprecio a la legalidad, sino, por el contrario, su fundamento estuvo en una forma equivocada de preservar la legalidad, con el fin de esclarecer la contabilidad municipal. Y se aduce, como otro argumento en defensa del motivo, que el delito de prevaricación se produce en el caso de que la autoridad o funcionario público dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, es decir, que sea el resultado de una conducta activa, descartándose de la tipificación del delito la prevaricación por una falta de actuación.

El motivo debe ser desestimado.

Como cuestión previa habrá que examinar si es correcta la tesis que se defiende en el motivo de que no es posible el delito de prevaricación, previsto en el derogado artículo 358 y en el vigente artículo 404 del Código Penal, en la modalidad de comisión por omisión.

Dos posiciones bien distintas se han mantenido en esta Sala acerca de la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de prevaricación. Así, se han expresado contrarias a esta posibilidad, entre otras, la Sentencia de 26 abril 1994 ([RJ 1994\3439](#)) en la que se declara que «no adoptó entonces nueva resolución, limitándose a un comportamiento pasivo, que ya no encaja en la forma penal descrita en el artículo 358 del Código Penal...». Y la misma posición se sigue en la Sentencia de 25 abril 1988 ([RJ 1988\2864](#)) en la que se expresa que «el delito de que se trata (prevaricación del artículo 358) sólo puede cometerse mediante una actuación positiva, no siendo posible la comisión por omisión, ya que la propia literalidad del precepto, y su interpretación desde cualquier ángulo hermenéutico, así nos lo impone cuando en el primer párrafo habla del funcionario público que "a sabiendas, dictase resolución injusta...", y cuando en el segundo emplea el mismo verbo "dictar" en igual tiempo de la conjugación...». Por el contrario, se han pronunciado a favor de la comisión por omisión otras Sentencias de esta Sala, de las que son exponentes la de 28 octubre 1993 ([RJ 1993\7981](#)) que aprecia el delito de prevaricación previsto en el artículo 358 del Código Penal en un Alcalde que no convoca Pleno del Ayuntamiento para debatir la moción de censura solicitada por número suficiente de Concejales y en la que se declara que «es indudable que el acusado -cuya condición de funcionario público no puede ofrecer la menor duda (art. 119 del Código Penal)-, con plena conciencia de lo que la legislación vigente le exigía ante la promoción por un número suficiente de Concejales de la referida moción de censura, deliberada y reflexivamente, y pese a los reiterados estímulos recibidos para que convocase urgentemente el Pleno de la Corporación, sin ninguna causa o razón conocida, decidió no hacerlo en la forma y plazos legalmente ordenados, con evidente conculcación de la legalidad y desconocimiento de las exigencias constitucionales (véase arts. 9.1 y 103.1 CE [ [RCL 1978\2836](#) y [ApNDL 2875](#)])». Este mismo criterio favorable se sigue en la Sentencia de 29 octubre 1994 ([RJ 1994\10146](#)) con los siguientes razonamientos: «En efecto la omisión del Concejel, consiste, en realidad, en el mantenimiento de una resolución de suspensión en forma contraria a su deber. La equivalencia de tal omisión con el dictado de una resolución cumple todas las exigencias de los delitos impropios de omisión, dado que el procesado era garante de la no producción de un quebrantamiento del derecho respecto del perjudicado y, además, la omisión es materialmente equivalente a la acción en la medida en la que el tipo del artículo 358 no requiere una especie determinada de comportamientos activos que condicionen la realización del mismo». Y este criterio igualmente se establece en la Sentencia de 27 diciembre 1995 ([RJ 1995\9553](#)) que aprecia delito de prevaricación en comisión por omisión con los siguientes argumentos: «Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido en reiterados precedentes que, en principio, no cabe la comisión por omisión del delito de prevaricación, tal premisa jurisprudencial admite excepciones en los casos especiales en los que era imperativo para el funcionario dictar la resolución y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación. Este criterio es consecuencia del significado jurídico que tiene el silencio de la Administración, que equivale a una denegación y abre la vía del recurso correspondiente (cfr. arts. 42 y siguientes de la Ley 30/1992 [[RCL 1992\2512](#),

2775 y RCL 1993\246))».

El deseo de que el Tribunal Supremo cumpla su misión esencial de unificar el orden jurídico determinó que esta cuestión se sometiese al Pleno de la Sala que en una reunión celebrada el 30 de junio de este año 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.

Expuesto lo anterior, procede examinar si en el supuesto que nos ocupa, el recurrente en su condición de Alcalde ha omitido hacer lo que por ley le venía obligado 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.

Ciertamente, tiene declarado esta Sala la insuficiencia de la simple infracción de la legalidad para sustentar esta figura delictiva -cfr., entre otras, la Sentencia de 23 septiembre 1994. El principio de intervención mínima o «ultima ratio» que caracteriza al Derecho Penal, exige, además, que el órgano administrativo en la decisión o conducción de un asunto (aspectos sustantivo y procesal) se desvíe o incumpla la norma legal con perjuicio efectivo o potencial para los intereses del ciudadano o de la causa pública.

El nuevo Código Penal ha querido significar la insuficiencia de la mera ilegalidad, que se necesita algo más, y con ese fin ha adjetivado la resolución como arbitraria sin suprimir la injusticia de la misma.

También es doctrina de esta Sala -cfr. Sentencias de 15 febrero y 17 marzo 1995 ([RJ 1995\860y RJ 1995\2032](#))- que la injusticia y arbitrariedad de una decisión en asunto administrativo puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso puede afirmarse que se ha producido una patente y abierta contradicción con las normas legales al impedir el recurrente, en el ejercicio de sus funciones de Alcalde de la localidad, con su conducta omisiva, que pudiera someterse a debate una moción de censura, presentada con cumplido acatamiento a las normas que la regulan, haciendo ilusorios los legítimos derechos y expectativas de los peticionarios, con evidente desprecio de los intereses generales, y clara vulneración del mandato constitucional recogido en el artículo 9.3 de la Norma Suprema que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del obligado sometimiento de la Administración Pública a la ley y al Derecho que consagra el artículo 103.1 de la Constitución, de cuyo respeto y acatamiento era el recurrente garante por disposición legal.

El recurrente era plenamente consciente de la injusticia de su falta de actuación, al estar impuesto de la obligación que le era exigida por la Ley Electoral General ([RCL 1985\1463](#); RCL 1986\192 y ApNDL 4080) y la Ley de Bases del Régimen Local ([RCL 1985\799](#), 1372 y ApNDL 205) de convocar un Pleno extraordinario para discutir y votar la moción de censura en un plazo de quince días, petición que le fue reiterada por los concejales que la instaron.

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, negando la celebración de un Pleno extraordinario que le venía exigido y de cuyo cumplimiento era garante.

Se invoca, asimismo, en este primer motivo, predeterminación del fallo, al amparo del inciso final del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se citan como conceptos que predeterminan el fallo los siguiente: «sabedor», o «con absoluto desprecio a la legalidad citada», o «vedando asimismo la participación ciudadana».

Es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el que se consignen como hechos probados aquellos que coincidan con los empleados por el legislador para la descripción del núcleo del tipo, cuyo alcance y significación sólo puede ser conocido por quien tenga conocimientos jurídicos y que han sustituido a los hechos de tal medida que de suprimirse mentalmente el relato fáctico quedaría desposeído de la base necesaria para efectuar la correspondiente calificación jurídica antecedente del fallo. Y en los conceptos que se citan en apoyo del motivo no se aprecia la concurrencia de ninguno de los presupuestos que se dejan antes expresados; las palabras o locuciones empleadas son perfectamente entendibles por cualquier persona, no están presentes expresiones técnicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado o de valor en cuanto al fallo. Incide, por consiguiente, en la causa de inadmisión 1.ª del artículo 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en este momento procesal lo es de desestimación al carecer este extremo del motivo manifiestamente de fundamento.

## SEGUNDO.-

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 542 del vigente Código Penal, antiguo artículo 194.

El Tribunal de instancia ha condenado al recurrente como autor, en concurso ideal, de un delito de prevaricación y otro de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos. El delito de prevaricación ciertamente se ha cometido, como queda razonado en el fundamento jurídico primero de esta sentencia de casación.

Se plantea la cuestión de si la negativa tácita de un Alcalde a la convocatoria de una Pleno extraordinario del Ayuntamiento para debatir la moción de censura puede constituir, en concurso ideal, la comisión de un delito de prevaricación y otro contra el ejercicio de los derechos cívicos.

En la Sentencia de esta Sala de 12 diciembre 1996 ([RJ 1996\9776](#)) se expresa que «lo cierto es que el art. 194 del Código Penal (1973) contiene una hipótesis que debe ser diferenciada del tipo de la prevaricación (art. 358 Código Penal de 1973) respecto del cual es una ley especial. Ello significa que el medio comisivo de este delito no puede consistir en una torcida aplicación del derecho... es evidente que su conducta no puede ser subsumida en el art. 194 Código Penal (1973), toda vez que este tipo penal, por efecto del principio de especialidad, no se refiere a supuestos como el que ahora se enjuicia...». Y en la Sentencia de 27 febrero 1995 ([RJ 1995\1425](#)) se declara que impedir a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes y el delito de prevaricación constituyen un ejemplo de «concurso de normas que se resuelve a favor de la prevaricación por el principio de especialidad».

La doctrina que se deja expresada nos sitúa ante un concurso aparente de normas que se decanta a favor del delito de prevaricación, por mor del principio de especialidad, que viene expresamente recogido en el número 1.º del artículo 8.º del vigente Código, delito que resulta incompatible con el de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos cuyo carácter residual, frente a otros derechos que se encuentren ya protegidos en el Código Penal, se acentúa con la nueva redacción del artículo 504 del vigente Texto Legal al expresarse «otros derechos cívicos».

Así las cosas, el delito consistente en impedir el ejercicio de otros derechos cívicos, previsto en el vigente artículo 542 -artículo 194 del Código derogado- no puede ser apreciado en este caso y el acusado -ahora recurrente- debe ser absuelto del mismo.

El motivo, por consiguiente, debe ser estimado.

## TERCERO.-

En el tercer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 77 del Código Penal, e inaplicación del artículo 68 del mismo Texto Legal.

La razones expuestas para la estimación del motivo anterior coinciden con lo que se postula por el

---

recurrente en defensa del presente motivo que igualmente debe prosperar.

CUARTO.-

En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por falta de aplicación, de la excepción de cosa juzgada con violación del principio de legalidad de los artículos 24 y 25 de la Constitución.

El motivo debe ser desestimado.

El Tribunal de instancia razona, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, la improcedencia de la excepción de cosa juzgada invocada por el acusado. El Auto de 23 febrero 1993 dictado por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó auto del instructor que inadmitía a trámite la querrela respecto de los delitos previstos en los artículos 194 y 358 del Código Penal, que sirve de apoyo al motivo, coincide con los hechos de esta causa exclusivamente respecto al delito de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos previsto en el artículo 194 y tal decisión no lo fue por razones de fondo sino porque los hechos ya eran objeto de otra querrela de la que deriva la presente causa y para evitar que se investigaran unos mismos hechos en dos procedimientos distintos. La referencia que se hace en mencionado auto al delito de prevaricación se contrae a unos hechos distintos de los que se han conocido en la presente causa. En todo caso, la estimación del motivo relativo a la improcedencia de aplicar el delito previsto en el artículo 194 del Código Penal deja sin contenido el presente motivo que debe ser desestimado.