

Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia num. 18/2014 de 23 enero

[RJ2014\1002](#)



PREVARICACION ADMINISTRATIVA: EXISTENCIA: Concejal que realiza contratación fuera de todo requisito legal, sin dar conocimiento a los departamentos consistoriales encargados de su fiscalización. **MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS:** EXISTENCIA: concejal que ordena los pagos a contratado ilegalmente: es irrelevante a los efectos del tipo penal que el funcionario autor haga suyos los caudales o dé lugar que los haga suyos un tercero.

Jurisdicción: Penal

Recurso de Casación 125/2013

Ponente: Excmo Sr. Luciano Varela Castro

El TS **declara no haber lugar** al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 07-12-2012, condenatoria por los delitos de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil catorce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por el procesado **Juan** representado por el Procurador D. Roberto Primitivo Granizo Palomeque, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la [Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 7 de diciembre de 2012 \(ARP 2013, 592\)](#), que le condenó por un delito de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **Sixto Y Macarena**, representados por la Procuradora Dª Fabiola Jezzabel Simón Bullido. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 1 de San Sebastián de La Gomera instruyó Procedimiento Abreviado nº 13/10, contra Juan y Andrea, por delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos y tráfico de influencias, y, una vez concluso, lo remitió a la [Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que con fecha 7 de diciembre de 2012 \(ARP 2013, 592\)](#), en el rollo nº 43/12, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Resultan probados y así se declara los siguientes hechos:

Juan , mayor de edad en cuanto nacido el día NUM000 de 1978, con DNI núm. NUM001 , sin antecedentes penales, en fecha 14 de enero de 2008, prevaleándose de su condición de Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con plena consciencia de su ilegalidad, y en virtud de sus lazos personales, formalizó contrato por obra o servicio de duración determinada y a jornada completa (37,5 horas semanales, prestadas de lunes a viernes) extendiéndose su duración desde el 14 de enero de 2008 hasta el 3 de julio de 2008 como monitora de ludoteca con la también acusada Andrea mayor de edad en cuanto nacida el día NUM002 de 1983, con DNI núm. NUM003 , sin antecedentes penales.- El citado contrato se realizó sin observarse las formalidades legales establecidas, conculcándose los principios de inmediación, igualdad y publicidad y por orden directa del acusado Juan a la Asesoría Laboral "Fernando Quintero", encargada de formalizar los contratos del Ayuntamiento de Valle Gran Rey y a través de su enlace con la misma, la Técnico de la Concejalía Noemi , correspondiendo un salario bruto de 5.700,86 euros y gasto de Seguridad Social por importe de 1.711,10 euros, lo que supuso un coste total de 7.411,96 euros, siendo autorizados los correspondientes pagos por el acusado Juan , que firmó el mismo las nóminas mensuales de Andrea , si bien las nóminas correspondientes a los meses de junio y julio de 2008 no llegaron a hacerse efectivas debido al inicio de una investigación por orden del Alcalde de la Corporación Local que ordenó la paralización de los pagos. De la existencia del citado contrato el acusado Juan no dio conocimiento a los departamentos consistoriales encargados de su fiscalización, ni tampoco remitía para su intervención y contabilización las nóminas del personal del ayuntamiento correspondientes a los primeros meses de 2008, quedándose las mismas en su Concejalía.- Tales cantidades fueron abonadas a la acusada Andrea mediante transferencia en su cuenta corriente número NUM004 en la entidad bancaria de La Caixa, y todo ello a pesar de que el servicio de ludoteca era inexistente en los meses a los que se refiere el citado contrato, ya que el mismo únicamente se proporciona en períodos de vacaciones escolares (meses de julio y agosto y Navidad), por lo que la acusada percibió los correspondientes salarios sin desarrollar actividad laboral alguna, siendo plenamente conocedora de tal situación.- No ha quedado acreditado que la acusada Andrea se haya prevalido de su relación personal con el otro acusado en la presente causa a fin de obtener un beneficio económico."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLO: Que condenamos al acusado **Juan** como autor criminalmente responsable de un delito de prevaricación, previsto y penado en el [art. 404](#) del [CP \(RCL 1995. 3170 y RCL 1996. 777 \)](#) , en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales público previsto y penado en los [arts. 432.1](#) y [74](#) del CP , a las penas de 7 años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por el primer delito mencionado, y por el segundo, a las penas de prisión de 4 años, 6 meses y 1 día e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años y 1 día, así como al pago de las costas procesales en 2/3 partes.- En concepto de responsabilidad civil, Juan deberá indemnizar al Ayuntamiento de Valle Gran Rey en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a lo previsto en el fundamento jurídico séptimo de la misma, más el interés legal conforme a lo previsto en el [art. 576](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000. 34 , 962 y RCL 2001. 1892 \)](#) .- Que absolvemos a la acusada Andrea del delito de tráfico de influencias que se le venía imputando en la presente causa."

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por el condenado que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO

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

1º.- Por error en la apreciación de la prueba, al amparo del [art. 849.2](#) de [LECrim \(LEG 1882. 16 \)](#) .

(Renunciado)

2º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.1](#) de LECrim . por aplicación indebida del [art. 404](#) del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) .

3º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.1](#) de la LECrim . por aplicación indebida del [art. 432.1](#) del CP .

4º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.1](#) de la LECrim . por inaplicación indebida del [art. 14.3](#) del CP .

5º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.1](#) de la LECrim . por aplicación indebida del [art. 74](#) del CP .

6º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 por incongruencia omisiva.
(Renunciado)

7º.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 851.1 por predeterminación del fallo.
(Renunciado)

8º.- Por vulneración de la presunción de inocencia, del art. 24.2 de la [CE \(RCL 1978, 2836 \)](#) , al amparo del art. 852.

QUINTO

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

SEXTO

Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 16 de enero de 2014, habiéndose renunciado a los motivos 1º, 6º y 7º del recurrente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- En el primero de los motivos se denuncia supuesto error en la valoración de la prueba, conforme autoriza el [artículo 849.2](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) , invocando como documentos: contratos laborales firmados por el Alcalde denunciante en las mismas condiciones que los que son origen de esta causa, un informe de la denominada Asesoría Laboral indicando el protocolo seguido para esas contrataciones y las nóminas de la acusada, además del acta del juicio oral.

Los hechos, que el recurrente estima que acreditan tales documentos, no son otros que la existencia de tales contratos y procedimiento, cuya existencia pretende se añada a la declaración de lo que debe tenerse por probado.

El motivo ha sido desistido . No obstante, dado que lo en el mismo alegado se reitera en buena medida en el siguiente motivo, hemos de dejar hechas al respecto algunas consideraciones.

1

Por lo que se refiere al acta del juicio oral baste decir que la jurisprudencia, que el propio recurrente cita, ha excluido de manera reiterada el carácter de documento a los efectos del artículo 849.2 de las actas que reflejan actuaciones del procedimiento y concretamente las actas del juicio oral.

En cuanto a las nóminas, habiendo dejado la sentencia para ejecución la determinación del importe de lo satisfecho indebidamente, la inclusión de tal dato resulta irrelevante a los efectos de determinar la existencia de los delitos imputados. Por ello cabe destimar este aspecto del motivo, conforme a la misma jurisprudencia que excluye del ámbito de este cauce de casación la modificación de hechos que no se traduzcan en ineludibles modificaciones de la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto a la constatación de que el modo de operar del acusado tenía abundantes **precedentes en anteriores y coetáneos comportamientos del Alcalde** denunciante también resulta intrascendente a los efectos de calificar la conducta del acusado. En lo objetivo porque una ilicitud no se legitima por su frecuencia estadística. En lo subjetivo porque, como el propio recurso pone de manifiesto "dicha forma de contratación fue el principal instrumento de clientelismo político del alcalde", funcionalidad que no podía ser desconocida por su evidencia para quien ostentaba cargos de representación política en el Ayuntamiento, y más si a ello añadía responsabilidades de gobierno en la Corporación, como es el caso del acusado.

Quizás por esa evidencia de inestimabilidad, el motivo ha sido desistido en el acto de la vista del recurso.

SEGUNDO.- 1.- El segundo de los motivos se acoge al cauce del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) . Por tanto no cabe admitir bajo tal invocación ninguna discusión sobre la descripción de los hechos que la sentencia recurrida hace de los que tiene por probados. Conforme a reiterada jurisprudencia, ha de partirse de los hechos dados por probados, limitándose el debate a la subsunción de los mismos en la norma penal y a las consecuencias que de ello derivan.

Lo que el recurrente alega es: que el acusado **no adoptó ni dictó "resoluciones"** en el sentido del tipo penal de prevaricación, ni lo decidido es arbitrario ni, en fin, tendría conciencia de su injusticia.

Resalta al respecto la ausencia de cualquier advertencia técnica o jurídica de posible ilegalidad, **reiterando el argumento de la habitualidad del procedimiento seguido para la contratación de manera inveterada y generalizada como idéntico al por él asumido** .

Añade, a modo de argumentos, otros datos de hecho claramente rechazados en la sentencia. Así respecto al **protagonismo que el motivo atribuye al Alcalde denunciante**, respecto a la contratación objeto de esta causa, o haciendo protesta de que era otro Concejal (el de Cultura) el que debería haber vigilado la realidad del desempeño de las funciones, cuya contratación ha sido tipificada como prevaricación.

2

Estas son en buena medida las alegaciones ya anticipadas en el anterior motivo. Las que se oponen a la declaración de hechos probados de la recurrida, como dejamos advertido, no pueden admitirse a debate, pues ello, está vetado en este cauce procesal de la casación.

Por lo que se refiere al concepto de resolución, cabe decir que lo único que podría discutirse es si la misma –en cuanto decisión de contratar– es expresa y no meramente tácita. Así podría decirse si se estima que la suscripción del contrato es meramente ejecutiva de aquella decisión y no el acto administrativo que "resuelve" contratar a la coacusada absuelta. Pero lo que resulta inadmisibles es la errónea confusión entre resolución tácita y resolución inexistente. Como no cabe excluir del tipo penal de prevaricación una de sus más evidentes manifestaciones, cual es la vía de hecho con prescindencia absoluta de todo asomo de procedimiento.

En cuanto al resto de los elementos del tipo –antijuridicidad, con el plus que el delito exige, y arbitrariedad, de la que el autor se ha de considerar consciente–, conviene recordar nuestra Jurisprudencia al respecto.

En la [Sentencia nº 1160/2011 de 8 de noviembre \(RJ 2012, 1519\)](#) dejamos dicho: *Ciertamente la antijuridicidad tipificada como prevaricación va más allá de la ilicitud o contradicción entre la resolución adoptada por el sujeto activo y el Derecho., mientras en la prevaricación judicial el tipo penal prescinde de la nota de arbitrariedad, tal exigencia típica, en la prevaricación administrativa hace que se requiera un **plus de antijuridicidad** en la resolución con la que se comete aquella. Jurisprudencialmente se puso el énfasis unas veces, en la fácil **cognoscibilidad de la contradicción de lo resuelto con el Derecho** y, otras, en la subjetiva **anteposición de lavoluntad del autorrespecto a lo que la normadispone** , decidiendo que aquella voluntad se erija en fuente*

de normatividad de manera conscientemente caprichosa, de tal manera que falta cualquier fundamentación jurídica razonable que no sea esa mera voluntad del funcionario prevaricador ([STS de 12 de diciembre de 2008 SIC \(RJ 2008, 6998\)](#) resolviendo el recurso 13/2008).

En relación al conocimiento de la injusticia de la resolución hemos dicho también que: En el delito de prevaricación administrativa la "arbitrariedad" de la resolución es un elemento normativo del tipo. Pero, a diferencia de otros supuestos, como el del hurto de la cosa ajena, la diferenciación entre la injusticia de la resolución dictada y la del acto de dictarla -posibilitando concluir, en algún caso, que no es injusto dictar una resolución injusta - constituye un uso del lenguaje que lleva a una interpretación contraria al sentido de la ley. Por eso la interpretación de la expresión, utilizada en el [artículo 404 del Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) , "a sabiendas de su injusticia" no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario, sino a su mera exculpación, cuando se estime que no actuó bajo esa condición. ([STS de 4 de marzo de 2010 \(RJ 2010, 4055 \)](#) resolviendo el recurso 1231/2009).

De todas esas múltiples versiones da cuenta nuestra [Sentencia de 4 de febrero de 2010 \(RJ 2010, 1415 \)](#) , resolviendo el recurso 2528/2008 en la que se describen los elementos del delito al decir: Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una **resolución** dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea **contraria al Derecho** , es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que **no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable**; en cuarto lugar, que ocasione un **resultado materialmente injusto** , y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la **finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario** , y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Como recordábamos en dicha sentencia: Conviene resaltar que **la omisión del procedimiento legalmente establecido**, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen normalmente la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho ([STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre \(RJ 2002, 1791 \)](#)). Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones.

Y, si bien no toda prescindencia de procedimiento aboca al tipo penal, la misma tendrá relevancia penal si de esa forma lo que se procura es eliminar los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales ([STS nº 331/2003, de 5 de marzo \(RJ 2003, 2814 \)](#)).

3

Pues bien, en el caso que juzgamos, la sentencia de instancia proclama, y el motivo no cuestiona, que la contratación se hizo al uso, sin atender en absoluto al procedimiento legal, sino al meramente usual, que se reconoce funcional al puro *clientelismo político* , lo que términos penales significa antijuridicidad por anteposición de espurios intereses particulares al general, al que debe servir quien desempeña funciones públicas.

Lo abrupto del comportamiento, desde la perspectiva de más elemental sentido jurídico, no solamente hace ostensible hasta la saciedad la arbitrariedad, sino evidente la consciencia de la misma. De tal suerte que la supuesta generalización del uso, si se acreditase, no solamente no desvirtúa tal conclusión, sino que lo único que aporta es un censo de delincuencia mayor que el que dio lugar a este proceso. Del que, por otra parte, quien disponga de los datos necesarios, y más si es funcionario, puede/debe acudir al cauce procesal disponible a todo ciudadano al respecto.

A mayor abundamiento la sentencia da cuenta de que el comportamiento imputado fue más allá de la formal vulneración, buscando, con ardides, la ocultación que garantizase el éxito de la tropelía, en

lo relativo a la ocultación a los órganos de control de los correspondientes contratos, cuya presentación haría ostensible la ausencia de procedimiento alguno para su suscripción. Y de esa suerte pudo, con la demora de meses, lograrse la percepción de nóminas, incobrables luego de proclamada la existencia de las deficiencias denunciadas.

Por todo ello convenimos con la sentencia de instancia en la calificación de los hechos correctamente como constitutivos de la prevaricación imputada.

El motivo se rechaza.

TERCERO.- 1.- Por el mismo cauce procesal discute, en el tercero de los motivos, la corrección de la consideración de los hechos probados como constitutivos del delito de malversación.

Se argumenta al respecto que, aun reconociendo que la decisión del acusado era imprescindible para el pago -firmando la correspondiente orden- no era suficiente, por ser inexcusable, además, el plázet de los órganos de control (Intervención y depositaría).

Significativamente el recurrente, más que proclamar la exclusión de su responsabilidad, apela a la "quebra de la justicia material y la equidad, considerar que **sólo éste** (el acusado) ha cometido un delito..."

Concluye el alegato aludiendo a la falta de disponibilidad por el Alcalde de los fondos municipales. Lo que le excluiría del censo de los posibles sujetos típicos de este delito especial.

4

El excurso sobre la regulación administrativa al respecto es tan extenso como obviamente inútil en la medida que, precisamente, nada dice que excluya la responsabilidad del acusado por la orden de pago. Suministraría quizás, de concurrir los elementos típicamente penales, argumentos para ampliar el círculo de los eventuales responsables penales. No para eliminar esa consideración del aquí acusado.

En cuanto a la disponibilidad de los fondos, en palabras del propio recurrente, sin su orden no cabía el pago, por más que la orden no fuera suficiente. Lo que es una paladina afirmación de la disponibilidad sobre los fondos públicos que exige el tipo penal.

En la [STS 406/2004 de 31 de marzo \(RJ 2004, 2815 \)](#) , se condena al Sr. H (Presidente del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma) porque era el que, no sólo daba las órdenes del envío a la prensa, sino también del pago de las facturas. Es decir, de «facto» tenía la **disponibilidad** de esos caudales, pues *aunque no los tuviera directamente confiados, ostentaba poderes y capacidades suficientes para su disponibilidad*. Es obvio que sus órdenes de pago había de someterse, como las del aquí acusado a la intervención de control.

En ese sentido no difiere esencialmente la condición de Concejal encargado de personal con la del propio Alcalde, ya que ambos pueden expedir las órdenes de pago, como condición sin la cual éste no cabe, y ambos verán dicha orden sometida al control de la intervención. Pues bien en nuestra [Sentencia de 25 de mayo de 1995 \(RJ 1995, 4501\)](#) , ya dijimos que el acusado *en su condición de funcionario, haya tenido de hecho una función de custodia de los mismos* -Cfr. [TS SS 4 Abr \(RJ 1991, 2571\)](#) ., [28 Jul \(RJ 1991, 4846\)](#) . y [11 Oct. 1991 \(RJ 1991, 7186\)](#) y [26 Mar. 1992 \(RJ 1992, 2478\)](#) -. La Snº [873/1994 de 22 Abril \(RJ 1994, 3153\)](#) , con cita expresa de la [R 27 Mar. 1993 \(RJ 1993, 2564\)](#) , expresamente declara que *no es precisa una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata y el Alcalde Presidente de una Corporación es responsable de los caudales municipales, no exigiéndose que el funcionario tenga en su poder los cargos públicos*.

Por otra parte es irrelevante a los efectos del tipo penal que el funcionario autor haga suyos los caudales o dé lugar que los haga suyos un tercero.

El motivo se rechaza.

CUARTO.- 1.- En el cuarto motivo se invoca error de prohibición invencible en el autor para el que

se solicita la absolución. Al efecto, al amparo del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) , se alega lo dispuesto en el [artículo 14.3](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#) .

Se protesta que el acusado estaba "convencido de que los pagos eran lícitos".

5

Ya se ha dicho que este cauce no tolera que se cuestione el hecho probado. Y en el mismo se afirma que "el acusado actuando como Primer Teniente de Alcalde y Concejal de Hacienda, Personal y Planificación del Ayuntamiento de Valle Gran Rey (La Gomera), y con **plena consciencia de su ilegalidad...**"

La puesta en cuestión de esa consciencia ya ha sido rechazada en anteriores motivos y lo será aún al examinar el último.

Por ello el motivo debe rechazarse.

QUINTO.- En el quinto de los motivos se denuncia la estimación del delito de malversación como continuado. Niega que existiera un plan preconcebido, ni una pluralidad de acciones, sino mera ejecución fraccionada –una por cada orden mensual de pago a la mal contratada– por lo que solamente se cometió un delito, que debe considerarse único y no continuado.

Quando "... se produce una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología..... no hay unidad natural de la acción, sino diferentes actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción, como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, ([STS. 867/2002 de 29.7 \(RJ 2002, 6357\)](#)), para cuya apreciación, como ya hemos señalado, es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas, que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales. Todas ellas, aisladamente consideradas reúnen los requisitos del tipo. Estaríamos, en principio, ante varios delitos, es decir, varias acciones constitutivas de delito, que por aplicación del [artículo 74](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777 \)](#), vendrían a integrar un solo delito de carácter continuado, pues aquellos distintos impulsos formarían parte de un plan preconcebido o supondrían el aprovechamiento de idéntica ocasión ([SSTS. 885/2003](#) de 13.6 (RJ 2003, 4354) , [760/2003 de 23.3 SIC \(RJ 2003, 4241\)](#)).

Como atinadamente advierte el Ministerio Fiscal en su impugnación del motivo, las órdenes de pago se reiteraron con nítida separación temporal, por más que todas aprovechando igual ocasión y reiterándose en cada una de ellas una voluntad de sustracción, de la que podía haberse prescindido en cada caso.

El motivo se rechaza.

SEXTO.- 1.- Renunciados los motivos sexto y séptimo, también hemos de rechazar el octavo y último. En el mismo, al amparo del [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) se denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Estima el recurrente que no es aceptable la inferencia de "voluntad y conciencia" en el acusado respecto a la actuación como encaminada a desviar dinero público a favor de una persona, por lo que no concurriría el elemento subjetivo del dolo de malversación.

6

Viene aquí a recoger la argumentación supuestamente retirada con la renuncia del motivo primero. Y lo hace sin apenas expresar, suprimido aquel motivo, cuales sean los fundamentos del reproche que dirige a la sentencia.

En cuanto a la garantía de presunción de inocencia, la doctrina del Tribunal Constitucional ha

delimitado su contenido señalando como elementos del mismo:

1º) que exista una **mínima actividad probatoria** ;

2º) la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

3º) que de la misma quepa **inferir razonablemente** los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

4º) la **motivación del iter** que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

5º) a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito **puede ser indiciaria** , siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las [Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero \(RTC 2013, 22 \)](#) , citando la doctrina que arranca ya de la [STC nº 31/1981 de 28 de julio \(RTC 1981, 31 \)](#) y la [STC nº 142/2012 de 2 de julio \(RTC 2012, 142 \)](#) que recuerda la [sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011 \(RTC 2011, 128 \)](#) .

Tal general doctrina ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional.

a) Así, en cuanto al control de la razonabilidad de la motivación con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación** . Para predicar tal objetividad debe constatarse la *inexistencia de vacío probatorio* , porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminatorio. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas* .

b) Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que no concurre cuando existen alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las *objeciones* a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten *dudas razonables* sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede 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 tampoco 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. Y

c) El control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria implica la constatación de que el **hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados** y los **hechos constitutivos del delito deben deducirse** precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La **razonabilidad de esta inferencia** exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o **coherencia**, siendo irrazonable cuando los **indicios** constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la **suficiencia o carácter concluyente**, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia ([STC nº 117/2007 \(RTC 2007, 117\)](#)).

El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está 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**".

(Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre, [638/12 de 16 de julio \(RJ 2012, 10544 \)](#) y [648/12 de 17 de julio \(RJ 2012, 10545 \)](#), reiterando lo dicho en la [núm. 542/12 de 21 de junio \(RJ 2012, 9054\)](#), resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTS núms. 122/2012 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, [1342/11 de 14 de diciembre \(RJ 2012, 449\)](#), 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, [1270/2011 de 21 de noviembre \(RJ 2012, 1652\)](#), 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, [1159/11 de 7 de noviembre \(RJ 2011, 7317\)](#)).

Pues bien, fuera de debate la razonabilidad de los hechos bases desde los que el Tribunal construye la inferencia denunciada en el recurso, hemos de convenir en que, desde la perspectiva de la coherencia interna, la argumentación de la sentencia es penalmente acorde al canon de lógica y experiencia. Porque, incluso prescindiendo de la negada relación familiar entre el acusado y la persona ilícitamente contratada, la total prescindencia de todo procedimiento, la falta de la más mínima prueba de efectivo desempeño de las labores para las que se pretextaba el contrato, y la ocultación del contrato durante meses a los órganos de control del Ayuntamiento, no hacen sino realzar la veracidad de la imputación no solamente de la ilicitud objetiva, sino de la plena consciencia de ella en el acusado.

Y, finalmente, tampoco cabe negar que tal inferencia es concluyente en el sentido de hacer desvanecer cualquier pretendida alternativa, a inferir desde los citados hechos base que contradiga la asumida por la sentencia.

Desde luego ya hemos dejado expuesto que la expansión de la lacra de corrupción en el modo de utilizar fondos al servicio del clientelismo político solo aumenta el censo de delincuencia, de ser aquella afirmación veraz.

No cabe presumir que quien desempeña funciones públicas puede actuar convencido de la asiduidad de lo ilícito hace de esto algo lícito, como mero efecto de la frecuencia del delito.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- De conformidad con el [art. 901](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16 \)](#) deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Juan**, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la [Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, con fecha 7 de diciembre de 2012 \(ARP 2013, 592\)](#), que le condenó por un delito de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos. Con expresa condena de las costas causadas en este recurso.

Comuníquese dicha resolución, 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

PUBLICACION

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