

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 259/2015

RECURSO CASACION N°:1125/2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Asturias

Fecha Sentencia: 30/04/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: AMM

Prevaricación.- Derecho a no autoincriminarse.- Informe administrativo previo reclamado al posteriormente acusado por el Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación.- Doctrina del caso Roldán.- Jurisprudencia del TC.- Doctrina del TJUE.- Sentencia Dalmine.- Aplicación de principios de Derecho administrativo sancionador de la Unión Europea en tipos penales con elemento normativo de naturaleza administrativa.- Jurisprudencia TJUE: Sentencias Orkem, Aalborg Portland y ThyssenKrupp.

Jucio oral.- Práctica de la prueba.- El orden en el que deben practicarse las pruebas está predeterminado legalmente (art. 701 Lecrim). Se comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, por la de los acusados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. La decisión sobre alterar el orden de las pruebas, corresponde al Presidente, expresando el criterio mayoritario de la Sala, “cuando así lo estime procedente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”.

Declaración del acusado.- Ha de resaltarse, con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de ser perseguido por perjurio caso de no decir la verdad, perdiendo la inmunidad frente al delito de falso testimonio. Inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso.

Imparcialidad del Tribunal.- Doctrina general.

Predeterminación del fallo.- La calificación de arbitrariedad atribuida a una resolución adoptada por un cargo político en un proceso de contratación administrativa, constituye una expresión técnico-jurídica que define la esencia del tipo penal de prevaricación que es el aplicado; no es compartida en el lenguaje común, en los mismos términos que en la doctrina penal; y tiene un valor causal respecto del fallo. En definitiva no debió emplearse en absoluto por el Tribunal sentenciador en el relato fáctico.

Prevaricación.- Doctrina general.- El delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de una legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

Prevaricación.- Concreción del tipo objetivo.- Las resoluciones dictadas por el primer acusado con la cooperación del ahora recurrente, que diseñó el procedimiento para ello y se lo impuso a sus subordinados, eran

objetivamente contrarias a derecho, en el doble sentido de que en primer lugar se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”. Y segundo, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta. Es cierto que el objetivo del recurrente era laudable, al pretender homenajear a las víctimas de la guerra civil y de la represión posterior. Pero precisamente por ello, esta finalidad no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, para hacer efectiva la voluntad del Vice Consejero por vía de hecho, pues no hay nada más incongruente que pretender homenajear a las víctimas que defendían la legalidad republicana vulnerando deliberadamente, por razones de pretendida urgencia, la legalidad ínsita al actual régimen constitucional.

La calificación de prevaricación no se atribuye exclusivamente por la fragmentación, sino por la combinación de fragmentación, para evitar el procedimiento negociado, y posterior simulación de la presentación de tres presupuestos, encargando todos los presupuestos a un único contratista a quien previamente ya se había decidido adjudicar el contrato, prescindiendo de la posibilidad de que pudiesen presentarse opciones más favorables a los intereses generales.

Prevaricación.- Penalidad.- Pocas dudas pueden albergarse, y menos en el momento actual en el que la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra, respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de los ciudadanos. Y si para ello es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, en ser representantes de los ciudadanos.

Extensión de la pena de inhabilitación especial.- La inhabilitación establecida como condena por un delito de prevaricación cometido por un miembro de un Consejo de Gobierno Autonómico, que en función de sus intereses políticos inmediatos prescindió de modo personal y directo de las exigencias esenciales del procedimiento de contratación administrativa, vulnerando las reglas establecidas para garantizar el control de los gastos públicos, puede extenderse a otros cargos públicos similares obtenidos por elección ciudadana, pues el representante que no ha sabido cumplir con las reglas de probidad y respeto de la legalidad en su gestión como Vice Consejero, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza en un cargo de representante parlamentario, en el que participa en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político de la gestión del ejecutivo.

Nº: 1125/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Cándido Conde-Pumpido Tourón

Vista: 12/03/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 259/2015

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil quince.

En los recursos de casación que ante Nos penden interpuestos por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e

infracción de ley por **ÁNGEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ** y por **ROBERTO MORO TELLA**, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, al ostentar el Sr. González Álvarez la condición de diputado, en causa seguida a los mismos por delito de prevaricación, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan, se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando el primero de dichos acusados representado por la Procuradora D^a Lucía Agulla Lanza y el segundo representado por la Procuradora Concepción Hoyos Moliner.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: Con fecha 11 de febrero de 2013 se presentó ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala Civil y Penal, denuncia del Ministerio Fiscal contra D. Ángel González Álvarez y D. Roberto Moro Tella, por un presunto delito de prevaricación. A la vista de condición de Diputado del denunciado Sr. González Álvarez se solicitó de la Presidencia de la Junta General del Principado de Asturias la expedición de la oportuna certificación de su condición. La Sala, por Auto de 26 de febrero de 2013, acordó admitir a trámite la denuncia, y con fecha 6 de Mayo de 2014, se dictó sentencia que contiene el siguiente

HECHO PROBADO-. “El acusado, Don Ángel González Álvarez que en la actualidad tiene la condición de diputado en la Junta General del Principado de Asturias, cuando en el año 2010 ostentaba el cargo de Viceconsejero de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado de Asturias, al amparo del desarrollo que quería darle a la ley

52/ 2007 de 26 de diciembre por la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil española y la dictadura, de manera legítima y para dar cumplimiento al programa de acción política que representaba, decidió que a la vista de las numerosas fosas comunes existentes en el Principado de Asturias para conmemorar la memoria de las personas enterradas en ellas convenía colocar hitos que las recordasen y que sirviesen para señalar el lugar en el que se encontraban.

Para ello en fechas no determinadas, entre los meses de enero y septiembre del año 2010, convocó en la sede de la Consejería a Don Manuel Fernández Martínez en su calidad de administrador de la sociedad New Construction S.L. ya que esta empresa desarrollaba dentro de su actividad comercial la elaboración de hitos mediante el tallado y grabado de piedras extraídas de su cantera. En la referida reunión el citado Sr. Fernández fue preguntado acerca de la posibilidad de llevar a cabo la entrega y posterior instalación de los hitos conmemorativos y a la vez se le encargó que presentase su presupuesto para una adjudicación de un contrato menor de obras y también se le solicitó que aportase presupuestos de otras dos empresas capacitadas para cumplir el encargo. Esta solicitud se hizo para dar cobertura legal a la exigencia interna de presentar tres presupuestos el suyo propio y el de otras dos empresas y así proceder a la posterior adjudicación por el procedimiento de contratación menor de obra, sin que conste en las actuaciones ni en el expediente administrativo ni en los archivos de la Consejería ningún tipo de pliego o indicación de en qué consistía el encargo solicitado, ni se concretase en qué lugar habrían de ser colocados posteriormente los hitos conmemorativos.

El 27 de octubre de 2010 el referido Sr. Fernández Martínez entregó personalmente en la sede de la Consejería tres sobres con los respectivos presupuestos, el suyo y el de las empresas Contratas Aurelio Quirós S.A y Nemesio Bedia Construcciones S.L. Los presupuestos ofertados fueron de 49.856,00 euros el de New Construction SL; 49.989,97

euros el de Contratas Aurelio Quirós S.A.; y 58.000,00 euros el de Nemesio Bedia Construcciones S.L., a estas cantidades habría que añadir el correspondiente impuesto sobre el valor añadido que en esas fechas era del 18%. No se ha podido acreditar quién recibió dichos presupuestos ya que no consta acuse de recibo alguno.

Una vez que los presupuestos se encontraron en la sede de la Consejería de Bienestar Social sin que haya podido acreditarse de que forma, aparecieron en la mesa del funcionario Don Enrique Blanco, al tiempo que previamente y de manera verbal e informal el Secretario General Técnico de la Consejería, el acusado Don Roberto Moro Tella había informado a la Jefa de Asuntos Generales de la voluntad del Viceconsejero de llevar a efecto la colocación de hitos para conmemorar lugares en los que se habían localizado fosas comunes. Ante lo anómalo de la tramitación, al no constar junto con los presupuestos, la correspondiente propuesta de contratación por el órgano gestor, el Sr. Blanco sabiendo que los presupuestos provenían directamente de la Viceconsejería se los entregó a su jefa directa Doña Mónica Montes.

La contratación se inició, por tanto, sin respetar las formalidades exigidas por la Instrucción 1/2009 de 28 Abril de la Ilma. Sra. Consejera de Bienestar Social y Vivienda sobre tramitación de expedientes de contratación menor en el ámbito de la Viceconsejería de Bienestar Social y Secretaría General Técnica que fijaba en su artículo 3º que todo procedimiento de contratación “se iniciará por medio de informe propuesta de contratación firmado por el titular del servicio, centro o unidad administrativa con competencias para efectuar propuestas de contratación de acuerdo con las instrucciones internas de cada Dirección General”, lo que en este caso habría implicado que existiese informe propuesta de Doña Ana Elisa Fernández Torre pues ella era la Jefa primero y coordinadora después del área de planificación y sistema de información de servicios sociales, dependiendo directamente del Viceconsejero. Dicha área, en virtud del artículo 8 del Decreto 124/2008 de 27 de noviembre por el que se

aprobó la estructura orgánica de la referida Consejería era el órgano administrativo al que se le atribuía la competencia para la ejecución de la normativa en materia de memoria histórica.

Consecuencia de esta irregular forma de inicio del expediente, vinculada directamente al propio Viceconsejero, no existió ningún tipo de informe propuesta al respecto incumpléndose así lo dispuesto en el artículo 3º de la referida Instrucción por el que se exigían, entre otras cosas que a la propuesta se adjuntaran "...las prescripciones técnicas que han de regir la contratación o el presupuesto en el caso de los contratos de obras; documento de gestión contable RC debidamente contabilizado por el que se incorpore al sistema informático contable la reserva de crédito para financiar el contrato; solicitud de licencia de obras en los expedientes en que ésta sea preceptiva; solicitud de oferta realizada por fax o por correo electrónico a al menos tres empresas con capacidad de obrar y solvencia para la ejecución de la prestación contratada, así como las ofertas que se reciban". No se cumplió ninguno de estos requisitos pese a que el Viceconsejero pretendía tramitar la contratación como un contrato menor de obras.

Recibidos los presupuestos por Doña Mónica Montes y una vez que ésta hubo estudiado los mismos, a la vista del tipo de prestación deseada informó al Secretario General Técnico, Don Roberto Moro Tella, que el tipo contractual debería ser el de contrato de suministro a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, accediendo éste a lo expuesto, por lo que al día siguiente la Sra. Montes comenzaría a realizar su tramitación. Sin embargo, al día siguiente cuando ya la Jefa del Servicio de Asuntos Generales, Sra. Montes, ya había comenzado la tramitación y se encontraba preparando los pliegos generales modelo para la contratación por el procedimiento negociado, acudió a su despacho el Viceconsejero, Sr. González Álvarez que le manifestó que resultaba imposible tramitarlo por el procedimiento negociado porque se retrasaría y necesitaba hacerlo con carácter urgente. La Sra. Montes manifestó al Viceconsejero que no podía

hacerse como contrato menor de obras porque era un suministro y que el contrato menor de suministro tenía un límite máximo de 18.000 euros. Ante la negativa del Viceconsejero, Doña Mónica Montes le reiteró la advertencia de que la ley no permitía esa clase de contratación, insistiendo el Viceconsejero en que se tenía que hacer así, ya que con un negociado no había tiempo. A la vista de estas diferencias la Sra. Montes acudió al despacho del Secretario General Técnico y éste le dijo que tenía que hacerse como quería el Viceconsejero y que con un negociado no daba tiempo, indicándole a su vez que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, ante ello la Sra. Montes puso de manifiesto su total oposición y renunció a la tramitación, llamando al funcionario subalterno de su servicio y encargado de la contratación menor, Don Enrique Blanco, al que hizo entrega de los presupuestos. A éste funcionario el Sr. Moro Tella le indicó que hiciese tres contratos menores de suministro por áreas de servicios sociales, cosa que él hizo preparando los pliegos que posteriormente trasladó al administrativo Sr. García Miñambres.

De este modo, la contratación se produjo en la forma querida por el Viceconsejero, mediante una tramitación interna que contradice tanto las normas internas de la Consejería como la normativa vigente en materia de contratación pública y que concluyó con un fraccionamiento ilegal de un contrato tramitado en menos de 15 días, esta contratación únicamente se produjo por la arbitrariedad de la decisión del cargo político y la colaboración del Secretario General Técnico haciéndolo en contra del criterio técnico expreso de la funcionaria máxima responsable en materia de contratación de la Consejería y también en contra de las normas que rigen la contratación pública. Y fue por ello por lo que se dictaron por el Viceconsejero las Resoluciones de 4, 8 y 12 de noviembre de 2010 cada una de las cuales adjudica por el procedimiento de contrato menor de suministro la fabricación y colocación de hitos a la empresa New Construction S.L.

El Viceconsejero conformó las facturas 86/10, 87/10 y 88/10 presentadas por la empresa adjudicataria y emitidas con fecha 10 de

noviembre de 2010 pese a que en aquel momento no se había colocado ni uno solo de los monolitos encargados. En el año 2011 se colocaron 9 monolitos de los cuales solamente dos se colocaron dentro de las áreas de servicios sociales que señalaban las resoluciones de adjudicación. Ello fue así porque no se había determinado con carácter previo el lugar donde debían ser colocados ni se había solicitado licencia alguna para ello pese a que desde un primer momento el objeto del contrato así lo debería de haber previsto. Lo que se hizo fue nombrar el 16 de noviembre de 2010 a Don Miguel Ángel González Álvarez como personal eventual para que visto el mapa de las fosas comunes fuese determinando con el previo visto bueno del Sr. Viceconsejero el lugar donde habrían de colocar los hitos conmemorativos.

En los presupuestos del Principado de Asturias para el ejercicio 2010 constaba con cargo a la partida 16.03.313K.226.009 una retención inicial de crédito de 213.000 euros vinculados a la ejecución del desarrollo del programa “Memoria Histórica”, cantidad esta que el 15 de noviembre de 2010 fue rebajada a 90.000 euros como consecuencia de las disposiciones de restricciones presupuestarias. Dichas cantidades fueron ordenadas directamente por el Viceconsejero a la Sra. Fernández Torre ya que como jefa/coordinadora del Servicio de Planificación que era al que se había atribuido la competencia para el desarrollo del referido programa, era quien debía solicitar primero y comunicar después las necesidades económicas, acción esta que llevó a cabo por indicación directa del Viceconsejero, ya que la misma nunca tuvo participación efectiva en el procedimiento de contratación y ejecución”.

SEGUNDO: El Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS: “Que debemos de condenar y condenamos a Don Ángel González Álvarez como autor responsable de un delito de

prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica la pérdida de su condición de Diputado electo de la Junta General del Principado de Asturias, así como la imposibilidad de concurrir a ningún tipo de elección o ser nombrado para puesto representativo o ejecutivo o gestor por una autoridad pública por dicho período, si bien no implicará la pérdida de su condición de funcionario si la tuviera.

Debemos de condenar y condenamos a Don Roberto Moro Tella como autor (cooperador necesario) del delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal lo que implica directamente la pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad administrativa de libre elección o con funciones administrativas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho periodo, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario.

Procede asimismo la condena en costas de ambos acusados.

Notificada esta sentencia a las partes contra la misma cabe interponer recurso de apelación en esta Sala para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente a su notificación”.

TERCERO.- Con fecha 12 de mayo de 2014, se dictó Auto de Aclaración por el TSJ de Asturias que contiene la siguiente Parte

Dispositiva: “Aclarar la sentencia de esta Sala de 6 de mayo en el siguiente sentido:

- Contra la referida sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 847 de la L.E.Crim., cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El plazo para la interposición del recurso de casación comenzará a computarse desde el día siguiente al de la notificación de este Auto.

- El fallo de la sentencia en lo referido a Don Roberto Moro Tella es el que sigue: “Debemos de condenar y condenamos a Don Roberto Moro Tella como autor (cooperador necesario) del delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público con el contenido definido en el artículo 42 del Código Penal, lo que implica directamente la pérdida de su condición de Jefe de cualquier órgano o unidad administrativa de libre elección o con funciones directivas si las tuviera en el momento de la condena, así como la imposibilidad de ser nombrado para ellas o para cualquier otro puesto representativo, ejecutivo o gestor por una autoridad pública, salvo aquellos puestos de RPT que se cubran por concurso, por dicho periodo, si bien, no implicará pérdida de su condición de funcionario”.

CUARTO.- Notificada dicha sentencia a las partes, se prepararon contra la misma recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de precepto constitucional e infracción de ley por ÁNGEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ y por ROBERTO MORO TELLA que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las pertinentes certificaciones para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de ÁNGEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: nulidad de actuaciones. Vulneración del derecho de defensa amparado en el art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el artículo 24 C.E. y artículo 11.1 L.O.P.J. SEGUNDO: Vulneración del derecho de defensa amparado en el art. 852 de la L.E.Crim., en relación con el art. 24 C.E. TERCERO: vulneración del derecho fundamental a la motivación de la sentencia y a la tutela judicial efectiva. Artículos 120 y 24 de la C.E., amparados en el art. 852 L.E.Crim. CUARTO: Quebrantamiento de forma al amparo del artículo 851.1 de la L.E.Crim., por utilizar conceptos jurídicos que implicaban la predeterminación del fallo. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2 de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba. SEXTO: Al amparo del art. 852 de la L.E.Crim., y 24.2 de la C.E., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. SÉPTIMO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por indebida aplicación del art. 404 del C.Penal. OCTAVO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., por aplicación indebida del artículo 42 del Código Penal.

La representación de ROBERTO MORO TELLA, formalizó su recurso alegando los siguientes motivos: PRIMERO: Al amparo de los arts. 852 L.E.Crim. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, a un proceso con las debidas garantías y a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución, al haber tenido la Sala sentenciadora contacto con la causa en la fase de instrucción que ha comprometido su imparcialidad objetiva en una serie de resoluciones. SEGUNDO: Al amparo de los artículos 852 y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración de los derechos fundamentales de mi representado a la tutela judicial efectiva, con interdicción de la indefensión y a la defensa y asistencia letrada del artículo 24.1 y 2 de la Constitución. TERCERO: Al amparo de los artículos 852 y 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

del art. 24 de la Constitución por infracción del principio acusatorio al no haberse especificado en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal en qué consiste la cooperación necesaria por la que se acusa al recurrente. CUARTO: Al amparo de los arts. 852 L.E.Crim. y 5.4 L.O.P.J., por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la presunción de inocencia del art. 24 de la Constitución, al fundar la condena en las declaraciones testificales de los funcionarios responsables de la tramitación del expediente de contratación, por haber sido citados como testigos en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal, siendo así que por haber participado necesariamente en la comisión del delito deberían haber sido imputados, habiéndose valorado una declaración testifical nula sin la previa información de derechos; y además porque en la valoración de esas testificales la sentencia infringe los criterios de la lógica y de la experiencia. QUINTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.1º de la L.E.Crim., infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal. SEXTO: Infracción de ley al amparo del art. 849.2º de la L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba basado en los documentos auténticos obrantes en autos a los folios 518 a 556, documentación referida a la tramitación, bajo la modalidad del contrato de obras, de dieciséis expedientes de contratación que tienen por objeto la ejecución de un monumento. SÉPTIMO: infracción de ley al amparo del art. 849.2º L.E.Crim., por error en la apreciación de la prueba basado en el documento , certificado de la Secretaria General Técnica de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias de fecha 17-3-2014. OCTAVO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º L.E.Crim., al no resolverse en la sentencia la denuncia formulada de vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del art. 24.1 y 2 de la Constitución. NOVENO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.3º L.E.Crim., al no resolverse en la sentencia la denuncia formulada de vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del

art. 24.1 y 2 de la Constitución. DÉCIMO: Quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º por consignarse como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico implicaban la predeterminación del fallo. UNDÉCIMO: Al amparo de los artículos 852 L.E.Crim., y 5.4 de la L.O.P.J. por vulneración de derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, interdicción de la indefensión y a la defensa del art. 24.1 y 2 de la Constitución.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, expresó su conformidad con la resolución del recurso sin celebración de vista e impugnó todos los motivos por los razonamientos que adujo, quedando los autos conclusos pendientes de señalamiento de día para la votación y fallo cuando en turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento ha tenido lugar la vista prevenida el doce de marzo pasado, con asistencia de la letrada D^a Ana García Boto, en defensa de Ángel Gonzalez, que solicitó la estimación de su escrito, renunciando al motivo formulado por quebrantamiento de forma de su recurso; el letrado D. Ceferino Menéndez Buelga en representación de Roberto Moro, que renunció a los motivos octavo a décimo de su escrito del recurso y seguidamente informó; y del Ministerio Fiscal, Excmo. Sr. D. José María Parra que se remitió a su escrito de impugnación haciendo unas puntualizaciones, y solicitando la desestimación de los recursos. La letrada Sra. García solicitó hacer unas precisiones a lo que el Excmo. Sr. Presidente accede.

OCTAVO.- Con fecha quince de abril pasado, se dictó auto prorrogando el término para dictar sentencia por plazo de un mes.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con fecha seis de mayo de 2014, condena a los recurrentes como autor y cooperador necesario, respectivamente, de un delito de prevaricación administrativa a la pena de siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

Frente a ella se alzan los presentes recursos fundados en un total de diecinueve motivos.

SEGUNDO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación del condenado Ángel González Álvarez, al amparo del art 852 de la Lecrim, por infracción de precepto constitucional, denuncia vulneración del derecho de defensa del art 24 1º de la CE. , en relación con el art 11 1º LOPJ, al haber sido citados como testigos en las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal los funcionarios que intervinieron en el procedimiento de contratación Enrique Blanco y Mónica Montes, que a su entender deberían haber sido imputados.

Estima la parte recurrente que esta declaración testifical es nula y determina la nulidad de toda la prueba posterior, conforme a lo prevenido en el art 11 1º de la LOPJ.

El motivo carece de fundamento. Los referidos funcionarios no han sido acusados de delito alguno, y no corresponde a la defensa de los efectivamente acusados, sino a la acusación, determinar contra quien se dirige la acción penal. No habiéndose formulado acusación contra dichos funcionarios, no existe base para estimar que en su declaración en las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio Fiscal se les debió

otorgar la consideración de sospechosos o imputados, por lo que la alegación de nulidad probatoria carece de contenido.

TERCERO.- El segundo motivo de recurso, también por vulneración del derecho de defensa, alega indefensión por no acceder el Tribunal a la petición de la defensa de alterar el orden de los interrogatorios, dejando a los acusados para el final.

El motivo carece de fundamento.

El orden en el que deben practicarse las pruebas está predeterminado legalmente en el artículo 701 de la Lecrim. Se comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, por la de los acusados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente. La decisión sobre alterar el orden de las pruebas, corresponde al Presidente del Tribunal, naturalmente expresando el criterio mayoritario del conjunto de la Sala, tal y como previene expresamente el último párrafo del citado artículo 701 de la Lecrim, “cuando así lo estime procedente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”, y en el caso actual no se aprecia la concurrencia de razones de peso que hiciesen procedente ese cambio.

Con independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de “lege ferenda” sobre cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un “usus fori” muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, **con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas.** Y éste fue el momento procesal en el que se interesó la práctica de la prueba por el Ministerio Fiscal, por lo que el Tribunal sentenciador no hizo más que cumplir lo que establece la

ley, al seguir el orden de práctica de las pruebas establecido en el art 701 de la Lecrim.

Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro “*usus fori*” muy habitual determina que los escritos de calificación provisional de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio.

Esta práctica judicial habitual, que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia Lecrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la Lecrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío, y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio prácticamente ha terminado.

En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el “*usus fori*” determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando,

si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y su propia defensa.

A través de esta declaración inicial, y del derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. **El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados.**

CUARTO.- Ha de tomarse también en consideración que en los supuestos de pluralidad de acusados, la declaración de cada uno de éstos tiene una doble naturaleza, en la medida en que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, por lo que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de los ellos contenga elementos incriminatorios para los demás.

Es cierto que este “usus fori” ha sido impugnado por un sector doctrinal, cuestionando que sea lo más conveniente para el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras) no aprecia que esta práctica usual determine la indefensión de los acusados, pues éstos pueden, en cualquier caso, ejercer su derecho constitucional a no declarar, y a no declararse culpables, negándose a responder a cualquier pregunta que estimen que pueda comprometerles.

En la doctrina de esta Sala se señala que cuando se realiza la declaración del acusado, con independencia del momento del juicio en el que se produzca, el acusado ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo y las manifestaciones de los testigos ante el Instructor; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de

otros acusados sobre la validez de las mismas; ya dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la validez o eficacia de las pruebas existentes en su contra; ha tenido oportunidad de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su declaración; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa (STS núm. 1129/2006, de 15 de noviembre, entre otras), por lo que no cabe apreciar que esta declaración, en todo caso voluntaria, le ocasione indefensión.

Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse.

QUINTO.- También es cierto que existe en el momento actual una práctica judicial minoritaria que admite la alteración del orden habitual de las pruebas en cuanto a la declaración del acusado, partiendo de la base de que el derecho a no declarar y a no confesarse culpable incluye el derecho a que el acusado adapte su declaración a la prueba que se haya practicado a lo largo del juicio. Se alega que estando presente el acusado durante las testimoniales y el conjunto de la prueba practicada en el juicio, si declara al final tiene la posibilidad de adaptar sus respuestas según mejor convenga a la tesis de su defensa.

Sin entrar en la polémica, y advirtiendo sobre la pérdida de credibilidad de la declaración que esta práctica podría conllevar, máxime cuando en nuestro modelo procesal si el acusado decide declarar no está obligado a decir la verdad, lo cierto es que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio.

Ha de resaltarse, con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de ser perseguido por perjurio caso de no decir la verdad, perdiendo la inmunidad frente al delito de falso testimonio. Inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso.

SEXTO.- En definitiva, la facultad de alterar el orden de las pruebas, de oficio o a instancia de parte, viene atribuida por la Ley al Presidente (art 701, “in fine”, de la Lecrim, y STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras), obviamente actuando como portavoz del Tribunal del que es “primus inter pares”, y en el caso actual no se aprecia que la denegación de dicha alteración, realizada por el Tribunal en el ejercicio de una facultad legal, haya ocasionado indefensión a los acusados.

Como recuerda la STC 25/2011, de 14 de marzo, *"la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo; 237/2001, de 18 de diciembre, entre otras muchas)" (STC 25/2011 citando la 62/2009, de 9 de marzo).*

En el caso actual no se aprecia una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional, exigible conforme a la doctrina constitucional invocada para la apreciación de la indefensión, sino el ejercicio razonable de una facultad que atribuye expresamente al Tribunal la normativa procesal, por lo que el motivo debe ser desestimado.

En conclusión, como señala la reciente STS 394/2014, de 7 de mayo, *"No corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos"*.

SÉPTIMO.- El tercer motivo de recurso, también al amparo del art 852 de la Lecrim, alega vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por defectuosa motivación de la sentencia al estimar que ésta no ha valorado suficientemente la prueba de descargo.

El derecho a la tutela judicial efectiva, como recuerda la STC 50/2014, de 7 de abril, comprende el derecho de los justiciables a obtener de los órganos judiciales una respuesta congruente, motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso.

Ello significa, en primer lugar, que la resolución judicial ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo y 25/2000, de 31 de enero).

En segundo lugar que la motivación esté fundada en Derecho (SSTC 276/2006, de 25 de septiembre y 64/2010, de 18 de octubre) o, lo que es lo mismo, que sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de un error patente o de la arbitrariedad (por todas, STC 146/2005, de 6 de junio).

Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso. Tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre, por todas).

En definitiva, el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no

resultar arbitraria (SSTC 8/2005, de 17 de enero; 13/2012, de 30 de enero, y 27/2013, de 11 de febrero, entre otras muchas).

Expuesta esta doctrina general fácil resulta apreciar que cuando se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o de la interdicción de la arbitrariedad refiriendo estas infracciones al proceso de valoración de la prueba que sustenta una sentencia condenatoria, en realidad se está denunciando esencialmente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Pues **en éste derecho constitucional se incluye como una de sus exigencias la valoración racional de la prueba practicada**, lo que implica en sí misma la interdicción de la arbitrariedad, de manera que de la prueba practicada tiene que inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Es decir que **la arbitrariedad, irracionalidad o ausencia de fundamentación en la valoración de la prueba que sustenta una sentencia condenatoria, constituyen infracciones del derecho constitucional a la presunción de inocencia.**

Dado que en otro motivo de este mismo recurso se alega la vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia, se analizarán las argumentaciones expuestas por la parte recurrente en este tercer motivo, cuando examinemos el motivo sexto interpuesto por la supuesta vulneración de este otro derecho constitucional, con la finalidad de no fraccionar el análisis de los temas probatorios.

OCTAVO.- El cuarto motivo, por quebrantamiento de forma al amparo del art 851 1º de la Lecrim, denuncia la utilización de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo. Se refiere la parte recurrente a la frase

“concluyó con un fraccionamiento ilegal de un contrato tramitado en menos de quince días, esta contratación únicamente se produjo por la arbitrariedad del cargo político.”

Según reiterada doctrina jurisprudencial, para que constituya un vicio determinante de la nulidad, la predeterminación del fallo requiere los siguientes requisitos:

a) que se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado;

b) que sean, por lo general, sólo asequibles a juristas y no compartidas en el lenguaje común;

c) que tengan valor causal respecto del fallo;

d) que suprimidos tales conceptos jurídicos predeterminantes, dejen el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción (SS.T.S. 17 de abril de 1996 y 18 de mayo de 1999, entre otras muchas).

En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, determinar el fallo pues, si no fuese así, la absolución o condena carecería del imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica-imprescindible- sino **impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.**

En el caso actual concurren los tres primeros requisitos del vicio casacional denunciado de predeterminación del fallo. En efecto **la**

calificación de arbitrariedad atribuida a una resolución adoptada por un cargo político en un proceso de contratación administrativa, constituye una expresión técnico-jurídica que define la esencia del tipo penal de prevaricación que es el aplicado; no es compartida en el lenguaje común, en los mismos términos que en la doctrina penal; y tiene un valor causal respecto del fallo. En definitiva no debió emplearse en absoluto por el Tribunal sentenciador en el relato fáctico.

Sin embargo no cabe estimar este motivo casacional porque no concurre el cuarto requisito: que suprimido el concepto jurídico predeterminante, quede el hecho histórico sin base suficiente para la subsunción. En el caso actual, como analizaremos al estudiar el motivo correspondiente por infracción de ley, el relato histórico es muy completo y detallado, por lo que suprimida esta expresión de los hechos probados subsiste plenamente la base fáctica necesaria para apreciar la concurrencia del delito objeto de acusación y condena.

En cualquier caso, el presente motivo fue renunciado en el acto de la vista.

NOVENO.- El quinto motivo, por error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del 849 2º de la Lecrim, se apoya como documentos acreditativos del error en los que fueron aportados junto con el escrito de conclusiones provisionales.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013, entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art.849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la Lecrim.;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, 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.

En el caso actual no se cumplen los referidos requisitos, pues la parte recurrente ni siquiera identifica con claridad los documentos a que se

refiere, ni precisa los extremos de los documentos de los que se deriva la acreditación de un elemento específico del relato fáctico. Este motivo casacional al obligar al recurrente a designar la prueba documental en que se acredita el error le está obligando a precisar el particular o particulares del documento que evidencien que los hechos consignan un dato fáctico equivocado.

No es admisible, por tanto, lo que en el caso actual realiza la parte recurrente que es una invocación *in genere* de una pluralidad de documentos, para que se realice una valoración de conjunto, que no tiene cabida en este cauce casacional. Son numerosos los pronunciamientos de esta Sala (STS 2003/1.994, de 8 de noviembre y STS de 1 de abril de 2004, entre otras muchas) en el sentido de que estas exigencias “*no son caprichosas, sino que responden a ideas muy firmes, pues sólo señalando cuáles son los puntos concretos del documento de los que fluye claro el error, pueden las demás partes oponerse a la pretensión y se posibilita a la Sala que ha de decidir, resolver sin hacer conjeturas sobre las posibles zonas documentales que hubieron de tener incidencia en el error, lo que la haría situarse incluso en una posición de desequilibrio, de cierta parcialidad objetiva*”.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DÉCIMO.- El sexto motivo de recurso, por vulneración de derecho constitucional, alega vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Una reiterada doctrina de esta Sala considera que la invocación de este derecho fundamental permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:

a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;

b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,

c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y

d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado.

Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior (art 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que **el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional**, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su propia convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ellas confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y razonabilidad.

En el caso actual se niega credibilidad por la parte recurrente a las declaraciones de los testigos Mónica Montes y Enrique Blanco, por estimar que tratan de exculparse por no haber actuado debidamente, formulando objeciones por escrito al procedimiento seguido para la contratación, y se alega que no se ha valorado debidamente la prueba documental acreditativa de que fue el funcionario Enrique Blanco quien envió un fax a la empresa constructora dando instrucciones para modificar la contratación.

La Sala sentenciadora considera acreditado que se produjo un fraccionamiento ilegal del contrato siguiendo instrucciones del recurrente,

Vice Consejero de Bienestar Social, fraccionamiento que obedeció exclusivamente a la voluntad de dicho recurrente con la finalidad de anticipar la realización del encargo utilizando un procedimiento con menores garantías. Estimando además que este fraccionamiento solo se pudo realizar con la aquiescencia y colaboración del coacusado, segundo recurrente, que ostentaba el cargo de Secretario General Técnico de la Consejería.

Para llegar a esta conclusión fáctica la Sala sentenciadora dispuso de abundante prueba documental, que acredita el fraccionamiento del contrato, dictándose tres resoluciones distintas en fechas muy próximas para un único suministro de 81 hitos de piedra. Consta también acreditado documentalmente que se adjudicaron tres contratos distintos, por la modalidad de contrato menor de suministro, para 27 hitos cada uno, constando tres facturas diferentes, correspondiendo a cada uno de los tres contratos, por el mismo importe.

Dispuso también el Tribunal sentenciador de diversas declaraciones testificales, incluyendo la del representante de la empresa adjudicataria de los tres contratos, de la que se deduce que se le solicitó que presentara tres presupuestos de tres empresas diferentes, la suya con las mejores condiciones, para que se le pudiera adjudicar el suministro, obviando los criterios de imparcialidad que garantizan los intereses públicos en el procedimiento de contratación menor.

Asimismo tuvo en consideración el Tribunal sentenciador las declaraciones de varios funcionarios de la Consejería, que interpreta con las ventajas y garantías propias de la intermediación, publicidad y contradicción, valorando expresamente su firmeza y ausencia de contradicciones, otorgándoles credibilidad suficiente.

La Sala sentenciadora señala expresamente que pese al reiterado intento de las defensas de los acusados de desacreditar su testimonio, otorga plena credibilidad a las declaraciones de estos testigos y constata que en lo sustancial las declaraciones son firmes y explican con precisión y claridad los hechos acaecidos, no apreciando contradicciones sustanciales salvo en aspectos accesorios.

La Sala sentenciadora contó como elemento probatorio adicional, con el resultado de los careos practicados en el acto del Juicio a solicitud de las defensas.

Toma en consideración el Tribunal sentenciador que los testigos referidos, tras su intervención como funcionarios en la contratación, no volvieron a tener relación con los hechos hasta casi dos años después de ocurridos, cuando fueron llamados por la Fiscalía para prestar declaración, estimando el Tribunal que no cabe apreciar que en ningún momento hicieran intento alguno de perjudicar a los hoy acusados.

Estas testificales acreditan que para iniciar el procedimiento de contratación se le entregaron al Sr. Blanco tres presupuestos y éste, ante lo anómalo de la tramitación toda vez que faltaba la propuesta de contratación, se dirigió a la Sra. Montes que era la Jefa de Asuntos Generales y su superior jerárquico. Ésta informó al Secretario General Técnico que el tipo contractual debería ser el de un contrato de suministro a tramitar por el procedimiento negociado sin publicidad, iniciándose su tramitación.

También estima acreditado el Tribunal sentenciador, a través de la declaración de la Sra. Montes, que cuando ya se encontraba preparando los pliegos modelo para la contratación por el procedimiento negociado, que era el legalmente procedente, acudió a su despacho el Vice Consejero manifestándole que no se podía tramitar el contrato por este procedimiento

negociado porque llevaba mucho tiempo y él lo quería hacer urgentemente. Tras esta conversación la Sra. Montes acudió al despacho del Secretario general y éste le dijo que tenía que hacerse la contratación en la forma que quería el Vice Consejero **indicándole que hiciese tres contratos menores de suministro agrupándolos por áreas de servicios sociales.**

La Sra. Montes manifestó su oposición y su renuncia a tramitar la contratación en dichos términos, por no ser el procedimiento legal, por lo que se llamó al Sr. Blanco, subalterno encargado de la contratación menor, se le entregaron los presupuestos y **el Secretario General coacusado le indicó que hiciese tres contratos menores por áreas de servicios sociales.**

La Sala sentenciadora dispuso, en consecuencia, de una prueba documental y testifical directa, incluida la práctica de careos en el propio acto del juicio oral, para valorar personalmente la firmeza de los testimonios, **que le permiten tener razonablemente por acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública.**

Y también que esta alteración de la normativa contractual, en perjuicio de los intereses generales, se produjo por una decisión personal del Vice Consejero que para procurar una tramitación urgente obvió los procedimientos legales procediendo a fraccionar un contrato en tres contratos menores de suministro supuestamente distintos.

No cabe apreciar, en consecuencia, que el Tribunal sentenciador vulnerase el derecho a la presunción de inocencia, pues dispuso de una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada, y

racionalmente valorada, sin que exista una versión alternativa razonable, pues la tesis de que fueron los funcionarios por su cuenta los que alteraron el procedimiento carece de soporte probatorio y es absolutamente inverosímil.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- El séptimo motivo, por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, alega aplicación indebida del art 404 del Código Penal, por estimar que los hechos probados solo describen una contratación administrativa irregular, pero no delictiva, no habiéndose ocasionado perjuicio alguno al interés público.

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002, entre otras) "*el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar*

supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...".

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;

2º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;

3º) que la 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;

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto;

5º) 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.

En el caso actual concurren los referidos requisitos. En primer lugar no se cuestiona que en los acusados concurre la condición de autoridad y funcionario, respectivamente, y que por parte del recurrente se han dictado diversas resoluciones en un asunto administrativo, concretamente en un procedimiento de contratación administrativa, que compromete caudales públicos.

En segundo lugar tampoco es cuestionable que las referidas resoluciones eran objetivamente contrarias a derecho, en un doble sentido: primero porque se fraccionó un contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, con la finalidad de evitar el procedimiento negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando con ello lo dispuesto en el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que *“no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*.

Y segundo, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las

condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación.

La contradicción con el derecho se manifiesta tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.

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 la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. 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 (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

En efecto: el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, **se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no**

se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución (STS 743/2013, de 11 de octubre y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

4º) que ocasione un resultado materialmente injusto; que en el caso actual se manifiesta en el resultado de haber adjudicado tres contratos fraccionados fraudulentamente a una misma empresa que aportó diversos presupuestos simulados, consiguiendo la concesión de los suministros sin posibilidad alguna de contrastar que su oferta fuera la más favorable para los intereses generales.

- 5º) 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.

En el presente caso, la decisión del recurrente de adjudicar unos contratos de manera que en la práctica se excluía toda transparencia y a cualquier otro competidor, que no fuese el elegido digitalmente por el propio Vice Consejero, constituía una resolución **que el recurrente adoptó con el único sustento de su exclusiva voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, y situada extramuros de toda justificación que pudiera tener el más mínimo apoyo racional.**

Como se dice en la STS. 600/2014 del 3 de septiembre, el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal

ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues **nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.**

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos.

Cuando así ocurre se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

En el caso actual, es claro que fue exclusivamente la voluntad personal del Vice Consejero, y su urgencia por adjudicar la realización de las placas, lo que motivó una vulneración absoluta del procedimiento prevenido para la contratación, y la adjudicación digital del suministro de las placas conmemorativas, burlando totalmente los controles prevenidos para optimizar el gasto de los fondos públicos.

Es cierto que el objetivo del recurrente era laudable, al pretender homenajear con las placas a las víctimas de la guerra civil y de la represión

posterior. Pero precisamente por ello, esta finalidad no puede en modo alguno obtenerse, comprometiendo fondos públicos, a través de un procedimiento fraudulento que prescinda deliberadamente de los cauces legales, para hacer efectiva la voluntad del Vice Consejero por vía de hecho, pues no hay nada más incongruente que pretender homenajear a las víctimas que defendían la legalidad republicana vulnerando deliberadamente, por razones de pretendida urgencia, la legalidad ínsita al actual régimen constitucional.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El octavo motivo, también por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim, denuncia aplicación indebida del art 42 CP, por estimar que la pena impuesta de inhabilitación para empleo o cargo público, con la pérdida de su condición de Diputado Electo de la Junta General del Principado de Asturias, cargo que ostenta desde abril de 2012, no tiene relación con el delito cometido años atrás en su condición de Vice Consejero de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda del Gobierno del Principado, siendo imposible cometer en la actualidad un delito de las mismas características al que ha sido objeto de condena al no tener competencia en materia de contratación.

El motivo no puede ser estimado. Como señala acertadamente el Ministerio Público, la pena de inhabilitación puede revestir el carácter de pena principal, como se establece en el art 42 CP, o accesoria, art 56 CP, y solo en este caso se exige para la imposición de la pena una relación directa entre el delito sancionado y el derecho del que se priva al condenado con la imposición de la inhabilitación.

Cuando se trata de pena principal, como sucede con el delito de prevaricación, que tiene a la inhabilitación como pena única, el art 42 solo exige que la sentencia especifique los empleos o cargos sobre los que debe recaer la inhabilitación y establece expresamente que esta pena alcanza no solo al empleo o cargo en el que se cometió el delito, sino también a la incapacidad para obtener el mismo, “u otros análogos”, durante el tiempo de la condena.

Es obvio que cuando el delito de prevaricación se comete en un cargo público de naturaleza política, como lo es el de miembro de Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, constituiría una burla al respeto que los ciudadanos deben al buen funcionamiento de los Poderes Públicos, que la pena de inhabilitación se limitase al cargo específico en el que se cometió la prevaricación, y permitiese al condenado seguir cometiendo esta clase de delitos en otro cargo análogo, fruto directo o indirecto de unas elecciones políticas, por el mero hecho de trasladarse de un cargo de representación política a otro similar, en el propio Gobierno Autonómico o de la Nación, en el Parlamento Autonómico, del Estado o de la Unión Europea, o en el ámbito municipal.

Por ello es perfectamente acorde a derecho la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de condenar al recurrente estableciendo su incapacidad durante el tiempo señalado para concurrir a ningún tipo de elección, o para ejercer o ser nombrado para puesto representativo o gestor por una autoridad pública por dicho período, con la única excepción de poder mantener su puesto de trabajo como funcionario, si lo tuviera.

El recurrente ha sido condenado por un delito de prevaricación, que también puede cometer en su actual condición de Diputado en el Parlamento Autónomo, y en el caso de estimarse la tesis sostenida en el recurso, **el delito de prevaricación quedaría absolutamente impune**

mediante la simple artimaña de sustituir el cargo político por otro durante la tramitación del proceso penal.

Como señala la STC 151/1999, de 14 de septiembre, *“Pocas dudas pueden albergarse respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de la gente. Para ello, si es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en los asuntos públicos. Pues bien, y desde este planteamiento, los puestos de Alcalde y Senador presentan rasgos comunes para la receptividad de los ciudadanos en cuanto a las exigencias de integridad de las personas que puedan ser los titulares de dichos cargos de representación popular. Quien escamotea documentos de interés al rival político, no parece que cumpla con esa exigencia, y, más allá del reproche penal que ha merecido su comportamiento, éste supone, también, romper las reglas del juego limpio en la competencia para conseguir el voto de los ciudadanos. En definitiva, **el representante que no ha sabido cumplir con las reglas éticas de la neutralidad y la transparencia en la gestión en el cargo de Alcalde, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza para otro que, como es el de Senador, participaría en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político al más alto nivel”**.*

En definitiva, pocas dudas pueden albergarse, y menos en el momento actual en el que la reacción social frente al fenómeno de la corrupción política y administrativa está a la altura de la relevancia de esta lacra, respecto de la necesidad de que los gestores públicos gocen de la confianza y del respeto de los ciudadanos. Y si para ello es exigible, como acertadamente destaca el Tribunal Constitucional, una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, **con más intensidad debe**

hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, en ser representantes de los ciudadanos.

En consecuencia, la inhabilitación establecida como condena por el delito de prevaricación cometido por el miembro de un Consejo de Gobierno Autónomo, que en función de sus intereses políticos inmediatos prescindió de modo personal y directo de las exigencias esenciales del procedimiento de contratación administrativa, vulnerando todas las reglas establecidas para garantizar el control de los gastos públicos, debe extenderse a otros cargos públicos similares obtenidos por elección ciudadana, pues el representante que no ha sabido cumplir con las reglas de probidad y respeto de la legalidad en su gestión como Vice Consejero, difícilmente puede hacerse merecedor de la confianza en un cargo de representante parlamentario, en el que participa en las manifestaciones más importantes de la voluntad popular y del ejercicio del control político de la gestión del ejecutivo.

Estimamos, conforme a la doctrina citada del Tribunal Constitucional, que condenar por prevaricación a un cargo electo, y mantenerle en su puesto como representante de los ciudadanos en un órgano legislativo mientras cumple la pena de inhabilitación especial impuesta, que es lo que solicita la defensa del condenado en este motivo de recurso, contradice la propia naturaleza de la pena principal y única establecida por el Legislador para el delito de prevaricación, vacía de contenido efectivo esta sanción penal, y reduce excesivamente la tutela del bien jurídico protegido por el delito de prevaricación, que garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, y no excluye de su tutela el ámbito de los cargos de representación política en órganos parlamentarios.

Constituiría, además, una interpretación de la norma que podría conducir al absurdo, dejando a criterio de su partido o del propio cargo político condenado en firme por delito de prevaricación a una pena de inhabilitación, decidir si puede o no continuar ostentando su puesto de representación parlamentaria en nombre de los ciudadanos, cuando el sentido último de la pena de inhabilitación establecida como principal y única por el Legislador para el delito de prevaricación es precisamente evitar esa continuidad, tanto en el cargo donde se cometió la prevaricación como en otros análogos.

Es cierto que esta Sala en alguna resolución aislada dictada como Tribunal de Instancia, y no como Tribunal de Casación (STS 597/14, de 3 de julio) ha mantenido otro criterio en el caso específico allí enjuiciado. En otras resoluciones se admite la extensión de la inhabilitación especial a “la imposibilidad de obtener durante el tiempo de la condena **otro de carácter electivo en cualquier administración**” (STS 670/2013, de 19 de julio). Actuando ahora como Tribunal de Casación, en revisión por infracción de ley de una sentencia dictada por el Tribunal de Instancia en la que se especifica razonablemente la extensión en el caso enjuiciado de la pena de inhabilitación especial a empleos o cargos análogos, debemos recordar que lo que exige la norma legal, y también la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional, es que la sentencia condenatoria especifique los empleos o cargos sobre los que recae la inhabilitación, en virtud del principio de interpretación restrictiva de la pena, para evitar una analogía generadora de indeterminación.

Y, en el caso actual, el Tribunal sentenciador ha especificado con concreción y claridad los cargos a los que se extiende la inhabilitación, incluyendo los de naturaleza política y excluyendo los que pudieran corresponder al condenado en su condición de mero funcionario,

ateniéndose a la doctrina establecida en la STC 151/1999, de 14 de septiembre, por lo que el motivo debe ser desestimado.

Procede, en consecuencia, la íntegra desestimación del recurso interpuesto por este condenado, con imposición al recurrente de las costas del mismo, por ser preceptivas.

DÉCIMOTERCERO.- El primer motivo del recurso interpuesto por la representación de D. Roberto Mora Tello, por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 852 Lecrim, y 5 4º LOPJ, por vulneración del derecho a un Juez imparcial, a un proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva del art 24 CE, denuncia que la Sala perdió su imparcialidad objetiva al tener contacto con la causa en fase de instrucción, al resolver tres recursos contra las resoluciones del Instructor.

En concreto resolvió los recursos interpuestos contra la resolución que declaraba procedente llamar a declarar en calidad de testigos a los funcionarios encargados de la tramitación del expediente, contra la resolución que denegaba la petición de un careo y contra el auto de transformación a procedimiento abreviado. Considera la parte recurrente que, sobre todo esta última resolución, que confirma la concurrencia de indicios de fraccionamiento ilegal del contrato de suministro, debe estimarse que compromete la imparcialidad del Tribunal.

Como señalaba esta Sala en la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004, (caso Intelhorce) el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el art. 24.2 de la Constitución Española, comprende, según una dilatada jurisprudencia constitucional y de esta Sala (S.T.C. 145/88 de 12 de julio y S.S.T.S. Sala Segunda de 16 de octubre de 1998, núm. 1186/98, 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999 y 17 de junio de 2003, núm. 871/2003, entre otras muchas), el derecho a un Juez o Tribunal

imparcial, reconocido en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Este derecho a un juicio imparcial, y como presupuesto del mismo a un Juez o Tribunal imparcial, incluido en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, tiene su fundamento en el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella no puede existir el "proceso debido" o "juicio justo", (S.S.T.S. de 31 de enero y 10 de julio de 1995, y 21 de diciembre de 1999, entre otras muchas).

La Sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional inicia la doctrina que relaciona el derecho a la imparcialidad del juzgador y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, al señalar que entre las garantías que deben incluirse en el derecho constitucional a un juicio público... con todas las garantías (art. 24.2 C.E), se encuentra, aunque no se cite de manera expresa, el derecho a un Juez imparcial, "que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho".

Asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la imparcialidad del Juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo, en Sentencias como la del Caso Delcourt (17 de enero de 1970), Piersack (1 de octubre de 1982), De Cubber (26 de octubre de 1984), Hauschildt (16 de julio de 1987), Holm (25 de noviembre de 1993), Sainte-Marie (16 de diciembre de 1992), Saraiva de Carvalho (22 de abril de 1994), Castillo-Algar (28 de octubre de 1998), Garrido Guerrero (2 de marzo del 2000), Daktaras (10 de octubre de 2000), Rojas Morales (16 de

noviembre de 2000), Werner (15 de noviembre de 2001) y Perote Pellón (25 de julio de 2002), etc. entre otras muchas.

El derecho constitucional a un proceso con todas las garantías exige que estén suficientemente garantizadas por el Ordenamiento Jurídico, tanto la imparcialidad real de los Jueces como la confianza de los ciudadanos en dicha imparcialidad, por ser ésta una convicción absolutamente necesaria en una sociedad que descansa, por su propia naturaleza, en el libre y racional consentimiento que otorgan los ciudadanos a los poderes públicos (S.T.S. de 16 de octubre de 1998 y 21 de diciembre de 1999, entre otras).

Esta garantía de imparcialidad se concibe en favor de las partes procesales, pero también, y sobre todo, en interés público, por lo que han de tomarse en cuenta todos aquellos supuestos en que concurra una "sospecha razonable de parcialidad". Para alcanzar la doble garantía de imparcialidad (imparcialidad real del Juez -subjetiva y objetiva- e imparcialidad aparente, o inexistencia de motivos que puedan generar desconfianza en el justiciable), se establecen en nuestro ordenamiento un elenco de causas legales de abstención o recusación (arts. 219 L.O.P.J. y 54 Lecrim.).

Estas causas legales incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia, influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal. Por ello puede colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete.

Como ha señalado esta Sala reiteradamente, **por razones de seguridad jurídica y para evitar tanto precipitadas abstenciones como abusivas o infundadas recusaciones, el ordenamiento jurídico no ha**

encomendado al criterio particular del Juez la apreciación de los motivos por los que debe abstenerse de resolver un determinado litigio, ni ha dejado al libre arbitrio de los interesados la facultad de recusar al Juez por cualquier causa, sino que se han precisado legalmente las circunstancias que sirven taxativamente de causas comunes de abstención y recusación, relacionándolas en el art. 219 de la L.O.P.J ., precepto que actualizó en 1985 las causas anteriormente prevenidas en el art. 54 de la Lecrim., y que ha sido reactualizado mediante sucesivas modificaciones posteriores (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre).

Las causas legales se fundamentan en parámetros objetivos que determinan al Legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concorra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aun cuando subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para decidir imparcialmente. Dado que esta condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el Legislador la "objetiva", estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención, o en su defecto, recusación del Juzgador (STS 21 de diciembre de 1999, núm. 1493/1999).

Entre estos motivos legales de recusación se encuentra el que afecta a quien ha sido Instructor de la causa, que tiene su fundamento en la necesaria separación que debe establecerse entre el Juez que instruye y el Juez que falla.

La prohibición de que se acumulen funciones instructoras y decisoras en un mismo órgano jurisdiccional surge de la razonable impresión de que el contacto con las investigaciones y actuaciones encaminadas a preparar el

juicio oral y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que pueden influir en su calificación y en la culpabilidad de los presuntos autores, puede originar en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva y en consecuencia el derecho a ser juzgado por un Juez o Tribunal imparcial que es inherente a un proceso con todas las garantías.

La causa de recusación prevenida en el núm. 11 del art. 219 de la LOPJ, haber sido instructor de la causa, tiene una especial relevancia como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Constitucional, especialmente de la sentencia de este último núm. 145/1988, de 12 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, en su párrafo segundo, precisamente porque en él se establecía que la causa de recusación núm. 12 del art. 54 de la Lecrim. no era aplicable al procedimiento establecido en la citada Ley 10/80.

El Tribunal Constitucional en dicha sentencia señala que la causa de recusación entonces regulada en el núm. 12 del art. 54 de la Lecrim trataba de tutelar la imparcialidad objetiva, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso.

Con ello no se trata de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni desconocer que la instrucción supone exclusivamente una investigación objetiva de la verdad en la que el Instructor debe indagar, consignar y apreciar tanto las circunstancias adversas como las favorables al reo.

Pero lo cierto es que esta actividad al poner a quien la realiza en contacto directo con los hechos y datos que deben servir para averiguar el

delito y con sus supuestos responsables puede provocar en el ánimo de instructor, pese a sus mejores deseos, prejuicios o impresiones en favor o en contra del acusado, impresiones que pueden influir en el momento del enjuiciamiento. Incluso en aquellos supuestos en que esta influencia no se produzca, es difícil evitar para los terceros y para el propio acusado la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar del modo absolutamente imparcial que constituye la mejor garantía para los afectados.

DÉCIMOCUARTO.- Como ha señalado reiteradamente esta Sala, por ejemplo en la STS. 1590/2003, de 22 de abril de 2004, (caso Intelhorce), la aplicación de esta causa no puede llevarse a extremos que desborden notoriamente su sentido originario.

Este sentido originario se refiere a los supuestos en los que se han confundido de un modo efectivo en una misma persona las funciones de Juez instructor y de Juez sentenciador, bien como Juez unipersonal o bien como Juez integrado en un Tribunal colegiado. Esto sucede generalmente a través de un cambio de destino del inicial Juez Instructor, que con posterioridad al desarrollo de su función instructora se ha integrado en el órgano sentenciador, o bien cuando el Tribunal resuelve un recurso formulado durante la instrucción de un modo que predetermina su criterio respecto de la resolución final.

Pero no se puede extender esta causa de recusación a supuestos distintos en que las decisiones previas al enjuiciamiento han sido adoptadas para la preparación del mismo por Tribunales a los que la propia Ley les encomienda, como anexo a la función de enjuiciar, otras funciones diferentes de la instrucción, como por ejemplo la resolución de las cuestiones previas tanto si se resuelven en el propio ámbito del juicio oral, como sucede en el procedimiento abreviado, como si se resuelven con

anterioridad al mismo como sucede con los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario.

Estas decisiones no implican que los Magistrados integrantes del Tribunal que las adopta realicen funciones instructoras, sino funciones íntimamente vinculadas con el enjuiciamiento definitivo, y por ello no determinan en absoluto, la pérdida de la imparcialidad.

Como hemos señalado con anterioridad no cabe confundir el contacto con el material probatorio en fase de instrucción, fase en la que el Juez Instructor se sitúa en una posición investigadora incompatible con la posibilidad de juzgar posteriormente los mismos hechos, con la obtención de dicho contacto durante la fase probatoria del juicio, fase que, por la propia naturaleza de las funciones desempeñadas y de la posición adoptada por el Juez, no contamina en absoluto la imparcialidad del Juzgador aun cuando por razones legales deba reiterarse posteriormente la práctica de alguna diligencia previamente anulada.

DÉCIMOQUINTO.- Como se señala en el reciente Auto de la Sala del 61 de este Tribunal, de 25 de febrero de 2015, la doctrina de Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juez imparcial puede resumirse, por ejemplo, en la STDEH de 6 de enero de 2010, caso Vera Fernández Huidobro contra España.

Recuerda el TEDH que la imparcialidad se define normalmente por la ausencia de prejuicios o de toma de posición. Su existencia puede apreciarse de diversas formas.

El Tribunal diferencia entre una fase subjetiva, en la que se trata de determinar lo que el Juez pensaba en su fuero interno o cuál era su interés en un asunto concreto, y una fase objetiva que nos llevaría a indagar sobre

si ofrecía suficientes garantías para excluir a este respecto cualquier duda legítima (Piersack c. Bélgica, 31 octubre de 1982, § 30, serie A núm. 53, y Grieves c. Reino Unido [GS], núm. 57.067/00, § 69, 16 de diciembre de 2003). En este campo, hasta las apariencias pueden revestir importancia (Castillo Algar c. España, 28 de octubre de 1998, § 45, Repertorio 1998-VIII, y Morel c. Francia, núm. 3.4130/96, § 42, TEDH 2000-VI).

Para pronunciarse sobre la existencia, en un determinado asunto, de un motivo suficiente para temer que un órgano particular adolezca de un defecto de imparcialidad, la óptica del que pone en duda la imparcialidad entra en juego pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones del interesado pueden considerarse justificadas (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, § 58, 7 de agosto de 1996, Recopilación 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33.958/96, § 44, TEDH 2000-XII).

En el marco del aspecto subjetivo, el Tribunal siempre ha considerado que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (Hauschildt c. Dinamarca, 24 de mayo de 1989, § 47, serie A núm. 154). En cuanto al tipo de prueba requerida, trató por ejemplo de verificar la fundamentación de las alegaciones según las cuales un juez había manifestado una cierta hostilidad o animadversión cualquiera hacia el acusado o, movido por motivos de ámbito personal, se había arreglado para obtener el conocimiento de un asunto (De Cubber, sentencia antes citada, §25).

Hace tiempo que la jurisprudencia del Tribunal ha sentado el principio según el cual a un Tribunal se le presume exento de perjuicios o de parcialidad (vid, por ejemplo, Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica, 23 de junio de 1981, § 58, serie A núm. 43). El Tribunal reconoce la dificultad de establecer la existencia de una violación del artículo 6 por

parcialidad subjetiva. Es el motivo por el cual, en la mayoría de los asuntos en los que se plantean cuestiones de parcialidad, ha acudido al aspecto objetivo.

La frontera entre las dos nociones no es sin embargo hermética ya que no solamente la conducta misma de un juez puede, desde el punto de vista de un observador exterior, acarrear dudas objetivamente justificadas en cuanto a su imparcialidad (aspecto objetivo) sino que también puede afectar a la cuestión de su convicción personal (aspecto subjetivo) (Kyprianou c.Chypre [GC], no73797/01, § 119, TEDH 2005-XIII).

Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal permite distinguir dos tipos de situaciones susceptibles de relevar un defecto de imparcialidad en el juez. La primera, de orden funcional, acoge los casos en los que la conducta personal del juez no se cuestiona en absoluto pero donde, por ejemplo, el ejercicio por la misma persona de diferentes funciones en el marco de un proceso judicial (Piersack, sentencia antes citada) o los vínculos jerárquicos u otros con otra parte del proceso (vid los asuntos de Tribunales marciales, por ejemplo, Miller y otros c. Reino-Unido, núm. 45.825/99, 45.826/99 y 45.827/99, 26 de octubre de 2004) plantean dudas objetivamente justificadas sobre la imparcialidad del Tribunal, el cual no responde por lo tanto a las normas del Convenio de acuerdo a la fase objetiva.

El segundo tipo de situaciones es de orden personal y se refiere a la conducta de los jueces en un asunto determinado. Desde un punto de vista objetivo, similar conducta puede ser suficiente para fundamentar temores legítimos y objetivamente justificados, como en el asunto Buscemi c. Italia (núm. 29.569/95, § 67, TEDH 1999-VI), pero también puede plantear problemas en el marco del aspecto subjetivo (vid,

por ejemplo, el asunto Lavents c. Letonia (núm. 58.442/00, 28 de noviembre de 2002), esto es revelar perjuicios personales por parte de los jueces.

A este respecto la respuesta al asunto de determinar si hay que acudir a la fase objetiva, a la fase objetiva o a las dos depende de las circunstancias de la conducta litigiosa.

Ver también, en sentido similar, STEDH de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta

DÉCIMOSEXTO.- El Tribunal Constitucional también considera que el derecho a la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE), constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma.

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE). Por eso, la privación de la posibilidad de ejercer la recusación implica la restricción de una garantía esencial (STC 178/2014, de 3 de noviembre de 2014, entre las más recientes).

En la STC 133/2014, de 22 de julio, se señala que *“la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal.*

El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.

A esos efectos, se viene distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (así, SSTC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; o 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4)” ...

A esta distinción ha atendido también este Tribunal al afirmar, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio; “esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).

Por su parte, desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva, este Tribunal expone que este derecho se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 36/2008, de 25 de febrero, FJ 2), incidiendo en que “[l]a determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo” (STC 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4). A esos efectos se ha afirmado que son causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva no solo la realización de actos de instrucción, la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso sino “más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior” (así, SSTC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; o 45/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

“Por lo demás, tal doctrina ha sido aplicada con reiteración por este Tribunal, (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; y 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3). En ellas hemos estimado que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos

que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6). El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9)”.

DÉCIMOSEPTIMO.- Aplicando esta doctrina general al caso enjuiciado, es clara la necesidad de desestimar el motivo.

En primer lugar, la parte recurrente no ha formulado en momento alguno el incidente de recusación contra los Magistrados que ahora se acusa de falta de imparcialidad. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues afecta a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley en la medida en que aparta al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de Salas y la asignación de ponencias.

La recusación constituye el instrumento legal establecido para preservar el derecho a la imparcialidad, probando el motivo que determina su pérdida en el concreto caso enjuiciado, en el momento procesal oportuno y a través del procedimiento adecuado. La parte que cuestiona la imparcialidad no puede prescindir del procedimiento establecido para ello, la recusación, y alegar después extemporáneamente este supuesto vicio de nulidad, que no ha sido planteado en la forma y en el momento oportuno.

En el caso actual, la propia parte recurrente reconoce que no planteó la recusación en el momento procesal oportuno y por el cauce procesal adecuado y se limitó a adherirse a la cuestión previa formulada por la otra parte acusada en la fase inicial del juicio oral. En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

En cualquier caso el análisis de las resoluciones dictadas por el Tribunal Superior de Justicia durante la instrucción, desmiente la acusación de pérdida de imparcialidad. Se trató de dos autos de resolución de sendos recursos de apelación referidos a cuestiones que en absoluto condicionaban la posición final que pudiera adoptarse en el juicio, y un auto resolviendo el

recurso contra el auto de transformación en el que los componentes del Tribunal se limitan a confirmar de modo genérico la concurrencia de meros indicios apreciados por el Instructor.

Procede, por todo ello, la desestimación del motivo.

DÉCIMOCTAVO.- El segundo motivo de recurso, al amparo del art 852 Lecrim y 5 4º LOPJ, denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa y la asistencia letrada, por haber sido valorada para el ejercicio de la acción penal la declaración prestada por el recurrente en un informe que le fue solicitado en su calidad de Secretario general Técnico de la Consejería por el Ministerio Fiscal, antes de que formulara denuncia. De este informe dedujo el Ministerio Fiscal indicios de ilegalidad de su actuación, lo que a entender del recurrente vicia el recurso desde su origen.

Este motivo de nulidad fue planteado durante el juicio y resuelto de un modo adecuado por el Tribunal sentenciador, a cuya fundamentación nos remitimos (FJ 1º).

En cualquier caso esta misma Sala ya señaló, en la sentencia del caso Roldán, de 21 de diciembre de 1999, que *“Como se deduce de la STC Pleno, de 2 de octubre de 1997, núm. 161/1997, en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del art. 24,2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor incriminatorio*

contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia.

Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio.

Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva.

*Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, **la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio**”.*

Aplicando esta doctrina genérica al supuesto ahora enjuiciado ha de concluirse que la afirmación de que le emisión de un informe administrativo, en su condición funcional, en el ámbito de las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, por el después acusado, determina la nulidad de todas las actuaciones por vulnerar el derecho fundamental a no auto incriminarse, es de difícil justificación pues no nos encontramos ante una "contribución de contenido directamente incriminatorio."

En efecto, el ahora recurrente redactó el informe preliminar solicitado en los términos que estimó convenientes, en realidad autoexculpatorios, resultando posteriormente, de otras pruebas y testimonios que no de su propio informe, la apreciación de indicios racionales de su presunta participación delictiva en los hechos, siendo esta prueba adicional la que motivó su acusación por el Fiscal.

DÉCIMONOVENO.- En este mismo sentido, puede ser relevante tomar en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la colisión entre el derecho a no autoincriminarse y la obligación de proporcionar información en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Señala el TJUE, por ejemplo en la sentencia *Dalmine* (*Dalmine/Comisión*, Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 25 de enero de 2007), que el derecho a no declarar contra uno mismo sólo es aplicable cuando se trata de solicitudes de información que obligan al destinatario, coercitivamente, a dar una respuesta sobre una específica cuestión incriminatoria.

Esta doctrina jurisprudencial debe estimarse relevante tanto por su origen en el Tribunal de Justicia de Luxemburgo que constituye el verdadero Tribunal Supremo de la Unión Europea, como por el hecho de que en el Derecho Penal actual se ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas y son cada vez más numerosos los tipos penales

que integran un elemento normativo de naturaleza administrativa, por lo que la concurrencia de una investigación previa de carácter administrativo, o en todo caso prejurisdiccional, será cada vez más frecuente (véase lo que sucede en el ámbito del delito fiscal, o de los fraudes de subvenciones, por ejemplo).

Según dicha jurisprudencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, **pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión** (SSTJUE de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión; de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión y de 14 de julio de 2005, ThyssenKrupp/Comisión).

Aplicando esta doctrina al caso actual, es claro que la solicitud por el Ministerio Fiscal de un informe a quien ocupaba un cargo administrativo relevante como Secretario General Técnico de la Consejería donde supuestamente se habría cometido el delito, no determina una vulneración del derecho a no autoincriminarse, porque en el momento en el que el informe se solicitó no se dirigía todavía el procedimiento penal contra el mismo, y porque la solicitud no incluía conminatoriamente la obligación de responder a una cuestión que necesariamente debiese incriminar al hoy recurrente, quien disponía de la posibilidad de elaborar el informe en los términos que estimase más procedente.

El motivo, por todo ello, debe ser desestimado.

VIGÉSIMO.- El tercer motivo de recurso, por infracción constitucional, denuncia la vulneración del principio acusatorio por no

haber especificado el ministerio Fiscal en su escrito los hechos de los que deriva la cooperación necesaria del recurrente en el delito de prevaricación.

Conforme a la doctrina de esta Sala (por todas, y entre las más recientes, STS 241/2014, de 26 de marzo y STS 550/2014, de 23 de junio) el principio acusatorio exige la separación total entre las funciones de acusar y juzgar, con lo que se preserva estructuralmente la posición imparcial del Tribunal, y asimismo supone que nadie puede ser condenado sin que se haya formulado debidamente una acusación contra él, en condiciones tales que pueda defenderse, lo que protege especialmente el derecho de defensa.

Aunque este principio no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sentencias ya clásicas núm. 17/1988, núm. 168/1990, núm. 47/199, y en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, consagró una constante doctrina conforme a la cual « *los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo* » (STS núm. 1590/1997, de 30 de diciembre, entre muchas otras).

Esta correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a los aspectos esenciales de la acusación, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto

sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación; y a la pena interesada por las acusaciones (Pleno no jurisdiccional esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006), ya que " *el Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa*".

El principio acusatorio, por lo tanto, y en lo que ahora interesa, contiene una prohibición, dirigida al Tribunal, de introducir hechos perjudiciales para el acusado sustancialmente distintos de los consignados por la acusación. Dicha forma de proceder afecta al principio acusatorio, en cuanto el Tribunal invade las funciones del acusador construyendo un relato fáctico que, esencialmente, no tiene su antecedente en la acusación. También lesiona el derecho a un Juez imparcial, en cuanto la actuación del Tribunal puede valorarse como una toma de posición contra el acusado. Y desde otro punto de vista, vulnera el derecho de defensa, pues el Tribunal que introduce de oficio en la sentencia hechos desfavorables para el acusado, relevantes para la calificación jurídica, infringe ese derecho en cuanto no ha permitido la defensa contradictoria respecto de los mismos, ya que son hechos que aparecen sorpresivamente, una vez finalizado el juicio oral.

En el caso actual se alega que el Ministerio Fiscal no concretó los hechos sustanciales de la acusación al recurrente como cooperador necesario en el delito de prevaricación. Pero esta impugnación carece de fundamento. El escrito de acusación del Ministerio Fiscal concreta en que

consistió la intervención del recurrente en los hechos, precisando que fue el recurrente quien impuso, como alto funcionario del departamento, que la contratación se realizase en la forma que había ordenado el Vice Consejero, pese a las protestas de los funcionarios situados en el escalón inferior, relato de hechos que recoge lo sustancial del comportamiento del recurrente, del que deduce la Sala sentenciadora su cooperación a la comisión del delito de prevaricación.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOPRIMERO.- El cuarto motivo, por vulneración constitucional, alega infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia.

El motivo reitera las alegaciones formuladas en el correlativo del anterior acusado, por lo que nos remitimos a lo ya expresado al desestimar el mismo. La Sala sentenciadora, como se deduce de la propia lectura de la sentencia impugnada, dispuso de prueba de cargo suficiente, constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada, por lo que el motivo carece de fundamento.

El Tribunal sentenciador estimó acreditado, a través de la declaración testifical en el acto del juicio de la Sra. Montes, que cuando ésta ya se encontraba preparando los pliegos modelo para la contratación por el procedimiento negociado, que era el legalmente procedente, acudió a su despacho el Vice Consejero manifestándole que no se podía tramitar el contrato por este procedimiento negociado porque llevaba mucho tiempo y él lo quería hacer urgentemente. **Tras esta conversación la Sra. Montes acudió al despacho del Secretario general y éste le dijo que tenía que hacerse la contratación en la forma que quería el Vice Consejero**

indicándole que hiciese tres contratos menores de suministro agrupándolos por áreas de servicios sociales.

La Sra. Montes manifestó su oposición y su renuncia a tramitar la contratación en dichos términos, por no ser el procedimiento legal, por lo que se llamó al Sr. Blanco, subalterno encargado de la contratación menor, se le entregaron los presupuestos y **el Secretario General coacusado le indicó que hiciese tres contratos menores por áreas de servicios sociales.**

La Sala sentenciadora dispuso, en consecuencia, de una prueba documental y testifical directa, incluida la práctica de careos en el propio acto del juicio oral, para valorar personalmente la firmeza de los testimonios, que le permiten tener razonablemente por acreditado que se produjo una contratación en contradicción con la normativa interna de la Consejería y en contra de la normativa sobre contratación pública.

Y que esta contratación ilegal solo pudo realizarse gracias a la colaboración del Secretario General Técnico recurrente, que prescindió de las objeciones manifestadas por sus subordinados, y encarriló el procedimiento por una vía ilegal.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El quinto motivo, por infracción de ley, denuncia la aplicación indebida del art 404 CP, al estimar que no concurren los elementos normativos del tipo, y concretamente la arbitrariedad de la resolución, por estimar que las tres resoluciones que adoptó el Vice Consejero fueron conformes a derecho, dado que la calificación del contrato

era en realidad la de una ejecución menor de obra, y ya que tenía un presupuesto inferior a 50.000 euros era posible la adjudicación directa. Y, aun en el caso de que, como hace la sentencia impugnada, se considere el contrato como de suministro, estima que no hubo fraccionamiento ilegal.

El delito de prevaricación de la autoridad o del funcionario se integra por la infracción de un deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico del que la autoridad o el funcionario es el garante y primer obligado, por ello su actuación al margen y contra la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal.

La prevaricación es el negativo del deber de los Poderes Públicos de actuar conforme a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico previsto en el art. 9-1º de la Constitución Española que tiene su explícito mandato, referente a la Administración Pública en el art. 103 del mismo texto constitucional que contiene los principios de actuación de la Administración, que como piedra angular se cierra con el sometimiento a la Ley y al Derecho.

Por ello, como se recuerda en la STS de 5 de Abril de 2000, **"...se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de una aplicación de la Constitución, sino pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en fuente de norma particular...."**.

En el caso actual, y como ya se ha expresado, **las resoluciones dictadas por el primer acusado con la cooperación del ahora recurrente, que diseñó el procedimiento para ello y se lo impuso a sus subordinados,** eran objetivamente contrarias a derecho, en el doble sentido de que se fraccionó el contrato de suministro, dividiéndolo en tres contratos por un importe inferior, **con la finalidad de evitar el procedimiento**

negociado, que era el que correspondía conforme a derecho en función de la cuantía originaria del contrato, vulnerando el art 74 de la Ley de Contratos del Estado, que dispone que “no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”.

Y segundo, como también se ha expresado al resolver el anterior recurso, porque una vez reconducida la adjudicación al procedimiento de contrato menor, con menores requisitos, también se prostituye éste, vulnerando sus más limitadas exigencias, establecidas para salvaguardar en todo caso el interés público, a través del fraude consistente en encargar a un único contratista, seleccionado caprichosamente, la presentación de tres presupuestos distintos, supuestamente de diferentes empresas, en los que el arbitrariamente elegido debía procurar que las condiciones por él ofrecidas fuesen simuladamente las más beneficiosas para la Administración, con el fin de asegurarse la adjudicación.

La contradicción con el derecho se manifiesta, como ya se ha expresado, tanto en la omisión de trámites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de las resoluciones, y es de una entidad tal que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, ya que la ilegalidad es contundente y manifiesta.

VIGÉSIMOTERCERO.- Conviene reiterar, como ya se ha expresado, 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 la función**

de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho.

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 (STS 18/2014, de 13 de enero y STS 152/2015, de 24 de febrero, entre otras).

Alega la parte recurrente que el procedimiento era el correcto, porque en realidad debería haberse realizado un contrato de obra y no de suministro.

Como señala el Tribunal sentenciador, no es la cuestión administrativa de cuál era la modalidad más procedente de contrato que debería haberse seguido, lo que se plantea en esta causa, sino la cuestión penal de que siguiéndose determinada modalidad de tramitación contractual, los procedimientos exigidos por dicha modalidad fueron alterados arbitrariamente para satisfacer la voluntad del Vice Consejero, imponiendo una urgencia incompatible con el procedimiento legalmente establecido, y una adjudicación predeterminada y digital a un determinado contratista que prescinde de modo absoluto de las garantías propias de la contratación pública.

En cualquier caso, y como destaca acertadamente el Ministerio Fiscal, es manifiesto que nos encontramos ante un contrato de suministro, pues lo relevante era la adquisición de las placas o hitos conmemorativos, siendo absolutamente accesoria su colocación.

Como establece, por ejemplo, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos de obras, suministro y servicios, “Un contrato

público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación, se considerará un contrato público de suministro”.

Se alega también que, aun tratándose de un contrato de suministro, la fragmentación esta admitida en determinados supuestos. Pero evidentemente estos supuestos no alcanzan la fragmentación contractual que se realiza precisamente para eliminar las garantías contractuales exigidas por el contrato en su conjunto, es decir con ánimo malicioso de burlar la ley, que es lo que sucede en el supuesto actual.

En cualquier caso, la calificación de prevaricación no se atribuye exclusivamente por la fragmentación, sino por la combinación de ausencia de informe propuesta, fragmentación para evitar el procedimiento negociado, y posterior simulación de la presentación de tres presupuestos, encargando todos los presupuestos a un único contratista a quien previamente ya se había decidido adjudicar el contrato, prescindiendo de la posibilidad de que pudiesen presentarse opciones más favorables a los intereses generales.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOCUARTO.- Los motivos sexto y séptimo denuncian error de hecho en la valoración de la prueba, al amparo del art 849 2º de la Lecrim, y deben desestimarse por las razones ya expuestas, en el motivo correlativo del anterior recurrente.

En efecto, el recurrente cita como documentos en el motivo sexto, una serie de expedientes por contrato de obra referidos a la ejecución de monumentos, pero dicha documentación carece de literosuficiencia, pues no es determinante para acreditar ningún error fáctico específico del Tribunal

Sentenciador incluido en los hechos probados, y en cuanto a la cuestión de fondo, se refieren a supuestos diferentes, no existiendo coincidencia entre la ejecución de un monumento y el encargo de hitos o placas de piedra para la colocación posterior, de forma accesoria, y en el motivo séptimo se cita como documento un certificado de la Secretaria de Cuentas del Principado de Asturias que indica que la Administración del Principado no formuló alegaciones a las incidencias ocurridas en la adjudicación de estos contratos, lo que tampoco acredita ningún error específico del Tribunal Sentenciador en el relato fáctico, ni tiene virtualidad para modificar el fallo.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

VIGÉSIMOQUINTO.- Los motivos octavo a décimo, por quebrantamiento de forma, han sido renunciados en el acto de la vista oral, por lo que no se hace precisa su resolución expresa.

VIGÉSIMOSEXTO.- El motivo undécimo se formula por vulneración constitucional, por haber elevado el Ministerio Fiscal la pena solicitada a siete años de inhabilitación. Su desestimación se impone porque conforme a lo prevenido expresamente en el art. 404 del Código Penal, la pena de siete años de inhabilitación especial constituye la pena mínima que puede imponerse por delito de prevaricación.

Procede, en consecuencia, la integra desestimación de los recursos interpuestos, con imposición de las costas a los recurrentes, por ser preceptivas.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma,

infracción de precepto constitucional e infracción de ley por **ÁNGEL GONZÁLEZ ÁLVAREZ** y por **ROBERTO MORO TELLA**, contra sentencia de fecha 6 de mayo de 2014, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, con sede en Oviedo, en causa seguida a los mismos por delito de prevaricación. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos. Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior de Justicia de Asturias a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

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 Cándido Conde-Pumpido Tourón, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.