

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Caso TS confirma condena por prevaricación a profesor de Universidad de Granada. Sentencia num. 79/2017 de 10 febrero

RJ\2017\1035



PREVARICACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO QUE, A SABIENDAS DE SU INJUSTICIA, DICTE UNA RESOLUCIÓN ARBITRARIA EN ASUNTO ADMINISTRATIVO: EXISTENCIA: profesor titular de Universidad que califica con sobresaliente a alumna que ni se presentó a examen ni asistió a clase ni aportó ningún otro trabajo académico que justificase tal nota; COOPERADOR NECESARIO: EXISTENCIA: administradora adjunta de la Facultad de la Universidad que medió entre el profesor y la alumna, para que el primero aprobase la asignatura a la segunda.

Jurisdicción:Penal

Recurso de Casación 1259/2016

Ponente:Excmo Sr. Luciano Varela Castro

El TS declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de fecha 18-03-2016 dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincialde Granada, en causa seguida por delito de prevaricación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil diecisiete.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por Florentino , representado por el Procurador D. Vicente Ruigomez Muriedas y por Teresa , representada por la Procuradora Dª Belén Jiménez Torrecillas, contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincialde Granada con fecha 18 de marzo de 2016 . Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida Amanda , representada por la Procuradora Dª Sonia de la Serna Blázquez. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción nº 9 de Granada, instruyó Procedimiento Abreviado nº 103/2012, contra Florentino , Carmen y Teresa , por delitos de prevaricación y falsedad en documento público, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, que en la causa nº 1/2013, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

I. En fecha anterior al de 9 de enero de 2.008, Carmen , entonces alumna de la Facultad de Pedagogía de la Universidad de Granada, se dirigió a Teresa . Jefa de Sección y Adjunta a la Administradora de la Facultad de Ciencias de la Educación de la citada Universidad, exponiéndole el grave problema en el que se encontraba, pues siéndole muy dificultoso acudir a Granada para asistir a clases y realizar exámenes al estar trabajando en Cádiz, necesitaba aprobar alguna asignatura para poder acceder al derecho de compensación previsto en la Normativa de la Universidad de Granada, pues no reunía los requisitos exigidos para la obtención del correspondiente título, al no tener aprobadas las asignaturas troncales de primer y segundo ciclo Didáctica general y Diseño, desarrollo e innovación de curriculum y carecer de créditos suficientes, de manera que solicitó de Teresa la solución de dicho problema, pues pensaba abrir un Centro de Pedagogía.

II. Teresa , accediendo a lo solicitado, expuso la situación al profesor titular del Departamento de Didáctica y Orientación Escolar, Florentino , con quien mantenía buena relación y que impartía la asignatura del primer cuatrimestre "Orientación Escolar y Tutoría", consintiendo éste en aprobar a Carmen sin que esta tuviera que realizar ningún examen, aun sin conocerla y sin que hubiera podido asistir a ninguna de sus clases hasta ese momento, pues entonces ni siquiera estaba matriculada.

III. Asegurado ya el aprobado en la asignatura mencionada, Teresa contactó por correo electrónico con Carmen , conminándola a ponerse en contacto con ella, y manifestándole explícitamente que le había podido solucionar el problema, "hablando con un profe amigo mío que imparte una asignatura en primer cuatrimestre y que me ha dicho que te la va a aprobar sin que vengas ni siquiera al examen", contestándole Carmen en la tarde del 9 de enero de 2.008, agradeciéndole el favor que le había hecho, y diciéndole que el 14 de ese mes iría a Granada para presentar el impreso de peticiones varias para compensación y pagar la asignatura.

IV. Así, y aun cuando la alteración de matrículas para el primer cuatrimestre ya había terminado el 2 de noviembre de 2.007, Teresa procedió a matricular a Carmen el mismo 9 de enero, sin que conste ninguna solicitud previa al efecto ni resolución estimatoria.

V. El 7 de marzo de 2.008, Florentino , hizo constar en el acta de la convocatoria ordinaria de febrero de su asignatura, que Carmen , había obtenido la calificación de sobresaliente, y ello, sin que hubiera realizado examen de ningún tipo, y sin que

tampoco hubiera asistido ésta a clase desde que Teresa le expusiera el problema, y sin que tampoco Carmen hubiera desarrollado trabajo o tarea alguna de las indicadas en el programa de la asignatura ni ninguna otra. En definitiva: careciendo de cualquier mérito.

VI. El 7 de abril de 2.008, Carmen , aprobó por compensación las asignaturas indicadas, pudiendo cerrar su expediente tras cumplir los requisitos para superar los dos ciclos, y obteniendo el título de Licenciada en Pedagogía."

SEGUNDO

La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS.- Que debemos condenar y condenamos:

1.- A Florentino como autor material responsable de un delito de prevaricación a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para empleo o cargo público, recayendo la pena impuesta sobre el empleo de Profesor Titular de la Universidad de Granada ostentado, y ABSOLVIÉNDOLO del delito de falsedad en documento público del que veía siendo acusado.

2.- A Teresa , como autora por cooperación necesaria de un delito de prevaricación a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para empleo o cargo público, recayendo la pena sobre el empleo de Jefa de Sección y Adjunta a la Administradora, en el caso de Teresa , y ABSOLVIÉNDOLA del delito de falsedad en documento público del que venía siendo acusada.

Los condenados abonarán, cada uno de ellos, 1/3 de la mitad de las costas causadas, declarando las restantes de oficio, con inclusión de las causadas por la acusación popular.-

Que debemos absolver y absolvemos:

1.- A Carmen , de los delitos de prevaricación y falsedad en documento público de la que venía siendo acusada, sin imposición en costas."

TERCERO

Notificada la sentencia a las partes, se dictó auto de aclaración con fecha 4 de abril de 2.016, con la siguiente parte dispositiva.

"Que estimando parcialmente la solicitud de aclaración efectuada por la Procuradora Sra. Amador Fernández en nombre y representación de Amanda , ha lugar a aclarar la [sentencia 168/16 de 18 de marzo \(PROV 2016, 89124\)](#) dictada en el presente rollo, en el siguiente sentido:

- en el fundamento de derecho primero, párrafo segundo del folio 7, debe sustituirse la palabra "Manuel" por "manual".

- en el antecedente de hecho tercero, folio 3, cuando se hace referencia a la calificación de los hechos de la Acusación Popular respecto a las conductas de Teresa y Carmen , debe sustituirse "a título de inducción" por "a título de inducción o cooperación necesaria".-

CUARTO

Notificado el auto a las partes se prepararon recursos de casación, por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, por los acusados, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO

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

Recurso de Florentino

1º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.1](#) de la [LECrím \(LEG 1882, 16\)](#) . se denuncia error iuris, al infringirse normas penales de carácter sustantivo.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del [art. 849.2](#) de la LECrím ., se denuncia error facti, al haber incurrido el Tribunal sentenciador en error de valoración de la prueba.

3º.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia. Al amparo del [art. 852](#) de la LECrím. y del 5.4 de la [LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , por entender que se ha infringido el [art. 24 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) .

Recurso de Teresa

1º.- Al amparo del [art. 851.3](#) de la LECrím . se denuncia que la sentencia recurrida ha incurrido en quebrantamiento de forma por no haberse expresado en ella de forma clara y terminante cuáles son los hechos que se consideran probados y sobre cuya base se sustenta la condena de mi representada.

2º.- Al amparo del [art. 5.4º](#) de la LOPJ y 852 de la LECrím ., por vulneración del art. 24.2 de nuestra Constitución , y en tal medida, del Derecho Fundamental a la "Presunción de Inocencia", en relación con el derecho a la "Tutela Judicial efectiva" ⇨ art 24.1 CE ⇨, por cuanto se ha condenado a nuestra representada como autora, por cooperación necesaria, de un delito de prevaricación administrativa, sin que haya existido una motivación suficiente sobre la valoración de la prueba practicada y porque la motivación aportada por la Sala de instancia se muestra carente de lógica y racionalidad.

3º.- Por vía de infracción de Ley al amparo del [art. 849.1](#) de la LECrím ., por la

incorrecta aplicación del art. 28 en relación con el [art. 404](#) del [CP \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) ., por cuanto se ha establecido la coautoría de mi representada en un delito de prevaricación administrativa sin especificar cuál fue en cada caso la aportación de cada uno al hecho considerado delictivo.

SEXTO

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

SÉPTIMO

Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 2 de febrero de 2017.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Florentino

PRIMERO

1.- En el primero de los motivos, al amparo del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) denuncia lo que estima un error de derecho al aplicar indebidamente el ilícito penal de prevaricación recogido en el [artículo 404](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#) . Alega que la nota de un examen no reviste el carácter de resolución de carácter decisorio dictada en asunto administrativo y, consecuentemente, no concurre el elemento objetivo del tipo penal por el que ha sido condenado.

2.- La configuración jurídica de la resolución por la que se declara que un alumno ha superado una prueba de evaluación de conocimientos debe partir de lo dispuesto en el [artículo 42](#) de la [Ley Orgánica 6/2001 \(RCL 2001, 3178\)](#) que establece: 3. Las Universidades establecerán los procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes.

Esa legislación en efecto ha considerado comprendido en el derecho fundamental de autonomía universitaria la verificación de conocimientos de los estudiantes. Por ello son las Universidades las que deben regular esos procedimientos evaluadores coordinando los derechos subjetivos y las obligaciones individualizadas de los miembros de los diversos sectores de la comunidad universitaria implicados en el proceso.

Al respecto deben dar a conocer los objetivos docentes y las características de los procedimientos para determinar su evaluación (oralidad o escritura, una única prueba o varias, lugar, tiempo).

El instrumento común es el examen, aunque no necesariamente el único (puede

articularse otro sistema de evaluación continua). Ese procedimiento evaluador puede articularse con previsiones diferentes que incluyan, antes de su culminación definitiva, un sistema de revisiones. Bien ante el mismo personal calificador inicial, bien ante otras instancias académicas ad hoc.

La calificación ha de reflejarse en un acta que implica la culminación de las revisiones previas.

Con carácter general, el [Real Decreto 1125/2003 de 5 de septiembre \(RCL 2003, 2274\)](#) , establece el sistema europeo de créditos que constituye la unidad de medida del haber académico correspondiente a la superación de cada una de las materias que integran los planes de estudio de las diversas enseñanzas conducentes a la obtención de títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional.

Establece aquella norma que: La obtención de los créditos correspondientes a una materia comportara haber superado los exámenes o pruebas de evaluación correspondientes. El nivel de aprendizaje conseguido por los estudiantes se expresara con calificaciones numéricas que se reflejarán en su expediente académico junto con el porcentaje de distribución de estas calificaciones sobre el total de alumnos que hayan cursado los estudios de la titulación en cada curso académico.

Desde la admisión de un ciudadano en una Universidad, como estudiante, hasta la expedición del título discurre pues un proceso complejo en el que pueden desarrollarse múltiples procedimientos administrativos en lo que afecta a la relación, de naturaleza administrativa , entre el estudiante , como titular de derechos y deberes y la Administración , esencialmente, la Universitaria , que desarrolla sus potestades a través de diversos órganos .

El acceso se resuelve tras el procedimiento al efecto. Y al mismo sigue otro, relativo a la impartición de docencia y reconocimiento por la Universidad de obtención de conocimientos adquiridos por el alumno en cada una de las materias en que la Universidad ha distribuido las enseñanzas que imparte. A los que puede acompañar otro de naturaleza disciplinaria o relativo a prestaciones de diversa índole. Y culminará con otro relativo a la expedición de títulos, en su caso acomodado a las prescripciones administrativas referidas al sistema europeo de créditos antes citado.

Cada uno de esos procedimientos es resuelto por órganos diversos de la concreta estructura de la correspondiente Administración Universitaria.

El relativo a la evaluación, o sistema de exámenes, suele venir atribuido por las diversas Universidades en sus específicas regulaciones al profesor con capacidad docente, con o sin complementos en eventuales previsiones revisoras de la inicial

resolución de quien califica inicialmente el resultado del examen u otro mecanismo evaluador.

La decisión del personal administrativo, en general el profesor, que fija el nivel de adquisición de conocimientos, con destino al expediente del alumno, y que se refleja, al ser definitiva, en un acta, constituye pues de manera indudable un acto administrativo de resolución definitiva de un procedimiento de tal naturaleza .

La regulación de tal acto y la mayor o menor amplitud de su sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativo, no puede excluir su naturaleza de acto de resolución final de un concreto procedimiento que comienza en la matriculación en la asignatura y concluye con su reflejo en el acta.

Entre sus especificidades podrán señalarse las que se consideren derivadas de la libertad de cátedra. Pero ésta nunca constituye, o al menos no debe constituir, una carta en blanco para expedir la acreditación de suficiencia de conocimientos de modo libérrimo y, menos, exento de control que excluya la arbitrariedad. Porque, sin necesidad de otras consideraciones, ha de partirse de dos referencias limitativas incuestionables: el derecho del estudiante a la objetividad en la evaluación de su competencia y los intereses públicos sobre los que en definitiva la oficial proclamación de capacidad del estudiante despliega sus efectos en la medida que habilita para actividades profesionales de las que son destinatarios los ciudadanos.

En conclusión la calificación que subsigue al sistema de evaluación constituye la resolución considerada como presupuesto típico del delito de prevaricación del [artículo 404 del Código Penal \(RCL 2015, 439, 868\)](#) .

Así lo consideró, siquiera de manera implícita la STS que resolvió el Recurso de Casación número 1318/1997 , siquiera en el caso consideró que en el caso no había existido resolución definitiva porque la alteración \neg que constituía el hecho imputado \neg en el acta de la decisión calificadora primigenia fue rectificadas habiendo asumido el acusado aquel hecho. Estimó entonces el Tribunal Supremo que la mutación de las notas otorgadas por otro profesor distinto del acusado, no supone la producción de una resolución constitutiva de prevaricación dado que, a la postre, no llega a tener efecto con carácter definitivo al haber accedido el acusado a la rectificación solicitada.

Doctrina que supone con carácter general, para circunstancias diversas de la del caso allí juzgado, la consideración de la calificación como resolución potencialmente prevaricadora.

El motivo se rechaza.

SEGUNDO

El segundo motivo también denuncia infracción de ley pero al amparo de lo

preceptuado en el número 2 del [artículo 849](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) ya que el error que se denuncia es un error facti, por considerar que el Tribunal sentenciador ha incurrido en error de valoración de la prueba.

Le reprocha que ha omitido la más mínima referencia a lo largo de toda la sentencia de la amplia prueba documental en la fase de instrucción y la practicada en el juicio, error que demuestra la falta de los elementos del tipo para que concurra el delito de prevaricación por el que ha sido condenado.

Como tal prueba documental enuncia la declaración prestada por D^a Amanda , quien, con su denuncia inicial contra multitud de personal de la Universidad de Granada, dio origen a este procedimiento, en el acto del juicio oral, el documento de nombramiento y toma de posesión de D. Florentino como secretario de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Granada o el Programa de la asignatura "Orientación Escolar y Tutoría".

2.- Además de que no constituye documento casacional el que se limita a instrumentar la constatación del resultado de pruebas de naturaleza personal, como las declaraciones invocadas, debemos recordar una vez más que por tal cauce solamente pueden proclamarse los errores que deriven del documento de manera directa, sin necesidad de inferencias ulteriores a partir de lo que aquél proclama para llegar a desautorizar lo declarado como probado por su exclusión, mutación o añadidura.

A tal requisito, que se denomina suficiencia literal, acompaña otro cual es el de la relevancia jurídica del error, que ocurrirá solamente si, tras la corrección el nuevo relato de lo probado debe conducir a una calificación jurídica diversa de la impugnada.

Es claro que ni los avatares profesionales del acusado ni el contenido del programa del área en la que impartía docencia determinan la existencia o inexistencia de arbitrariedad e ilicitud en su decisión de proclamar la suficiencia de conocimientos por parte de la alumna.

Preterir el Tribunal para formar su convicción de otros elementos de prueba puede constituir vulneración de otra naturaleza a la de incurrir en error en la valoración de los que toma en consideración. Por ello, con independencia de que esa queja se tome en consideración en el siguiente motivo, no excluye la impertinencia del ahora examinado.

Por ello el motivo debe ser rechazado.

TERCERO

Al amparo de lo preceptuado en el [artículo 852](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) y en el [artículo 5.4](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#)

([RCL 1985, 1578 y 2635](#)) , se formula el tercero de los motivos alegando que se ha infringido el [artículo 24](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) al vulnerarse el derecho de presunción de inocencia que ampara a mi representado.

Ahora la tacha formulada a la resolución de instancia es que asume exclusivamente el correo electrónico enviado a la alumna D^a Carmen por la también condenada D^a Teresa . También que la sentencia ofrece argumentos tan endebles como que Carmen no recordaba el nombre del manual o que a principios de enero de 2.008, se supiera ya la fecha concreta de un examen que todavía tardaría dos meses en realizarse. También que el profesor acusado no recuerde detalles del examen que afirma haber realizado, pese a que en ocho años cualquier profesor universitario ha hecho cientos y hasta miles de exámenes y no puede pretenderse que se recuerden detalles.

Para justificar la tesis alternativa a la condenatoria ¬la de que el examen tuvo lugar siendo la calificación el resultado de su evaluación¬ se alega que el programa permite dos opciones a los alumnos, seguir la dinámica de actividades durante el curso o presentarse al examen final de la asignatura, que fue lo que hizo la alumna. Y se argumenta preguntándose: ¿qué sentido tiene que D. Florentino accediese a calificar la asignatura sin examen ni trabajo alguno? ¿por qué iba a actuar así un profesor universitario? ¿qué razones tendría para llevar a cabo ese proceder de aprobar a una alumna si ni siquiera la conocía? ¿qué beneficio obtendría D. Florentino con su actuar a cambio de hundir su futuro profesional y académico?.

2.- En cuanto al contenido de la garantía de presunción de inocencia cabe señalar que parte ésta de una determinada relación, lógica o científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el tribunal que condena debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada contra el penado.

Esa relación exige, previamente, que aquella actividad probatoria se constituya por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión.

La prueba aportará, como justificación externa de la decisión, los datos asumibles por la credibilidad del medio y la verosimilitud de lo informado. Siquiera el juicio acerca de esa credibilidad y verosimilitud no se integra ya en la garantía de presunción de inocencia a no ser que tales juicios se muestren arbitrarios o contrarios al sentido común.

La justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministran la lógica y la experiencia o ciencia de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se

sustenta la condena, los objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por ello, debe calificarse de objetiva.

Y es que, devenido claramente inconstitucional el limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción, por notoriamente insuficiente como garantía del ciudadano, aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena.

La objetividad de la certeza no se desvanece por cualquier duda, por lo demás consustancial al conocimiento humano. Pero si la duda, por su entidad, bajo los mismos parámetros de lógica o experiencia, puede calificarse de razonable, alcanza también el grado de objetividad que reclama la absolución del acusado.

No es pues acorde a nuestra [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) mantener una condena en el escenario en que se presentan con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. Y es que en aquel caso las inferencias no pueden calificarse de concluyentes sino de abiertas, lo que las hace contrarias a las exigencias de la garantía examinada.

3.- La construcción retórica de la sentencia está bien lejana de la tacha de endeblez que formula el recurrente: Son hechos que justifican externamente la conclusión el texto de los correos electrónicos cruzados entre la coacusada y la alumna favorecida. Tales correos, de licitud en su aportación indiscutida y autenticidad en la emisión no cuestionada, ponen de manifiesto que la coacusada comunicó a la alumna que había obtenido de un profesor, al que considera "amigo", que la "va a aprobar" y eso, añade, "sin que vengas siquiera al examen". El correo respuesta de la alumna muestra un entusiasta agradecimiento, por parte de ella, de su familia y hasta de dos psicólogos de su futuro equipo. La matrícula en la concreta asignatura a que se hace referencia, se lleva a cabo el 9 de enero de 2008, día en que el plazo había sido ya cerrado. Ocurría tal cierre en 2 de noviembre anterior. Y la tramitación fue llevada a cabo por la coacusada. Incluso sin que la alumna tuviera que haber hecho llegar a la Administración de la Universidad de Granada una solicitud suya, bastando que, tras aquella correspondencia, la alumna llevara a cabo el abono de tasas.

El acusado recurrente firmó el acta final de evaluación en la que se otorga a la alumna la calificación de sobresaliente en dicha asignatura. La alumna no asistió a las actividades académicas de docencia de la asignatura y el profesor acusado no la conocía.

Desde tales premisas la argumentación que concluye que el recurrente no llegó a examinar bajo ninguna modalidad imaginable a la alumna y que no le constaba el nivel de conocimiento de la materia evaluado, se muestra totalmente acomodado al

más exigente canon lógico y conforme con pautas de experiencia al respecto.

Porque aquel entusiasmo de la alumna D^a Carmen no se comprende si no desde el entendimiento de que de lo que se le da noticia no es de un mero aplazamiento de examen sino de la obtención de una calificación. Ese contexto da sentido a datos que quizás resultarían neutrales desde otro. Así la falta de recuerdo de datos sobre la fuente de adquisición de los conocimientos evaluados, ya que ni siquiera recuerda el manual usado. O que la nota de sobresaliente se diera a una persona a la que el profesor ni vio nunca en clase ni siquiera conoció.

No se desvirtúa esa racionalidad del argumento mediante retóricas preguntas sobre los motivos del profesor y, habría de añadirse, de su coacusada, para llevar a cabo el comportamiento imputado. Son múltiples las respuestas posibles y en general muchas no encomiables. Pero, en todo caso, el "motivo" no excluye lo exigible como elemento subjetivo: la consciencia de que la calificación era absolutamente arbitraria y la decidida voluntad de quebrar la confianza puesta en el acusado por el sistema académico con una decisión que se quiere favorezca a quien no ha mostrado la competencia y aprovechamiento exigible.

Por el contrario la tesis alternativa \neg el examen tendría lugar y el profesor adquirió información que justificara la nota otorgada \neg carece desde luego de prueba directa de ningún dato desde el que llegar a aquella conclusión pretendida por el recurrente. Ni siquiera la alumna pudo ofrecer alguna referencia a tal evento. Tales como día, lugar etc.. Ausencia absoluta del más mínimo de los rastros sobre la convocatoria y celebración de ese examen \neg en una o dos sesiones \neg como sería de esperar, incluso de burlarse las exigencias usuales de convocatoria pública y documentación de su celebración.

Por ello debemos calificar la certeza mostrada por el Tribunal de instancia acerca de la no celebración del examen como certeza objetiva por acomodada a pautas no subjetivas de lógica y experiencia y, por ello, asumible por la generalidad como tesis correcta. Sin que por el contrario exista base desde la que inferir conclusiones compatibles con aquellos hechos proclamados como probados por prueba externa a la construcción inferencial lógica. Es decir que la conclusión de la sentencia no es abierta ni respecto de ella se pueden proclamar dudas que merezcan el título de razonables.

Y eso es lo que exige la presunción de inocencia. Por ello rechazamos el motivo.

Recurso de Teresa

CUARTO

1.- Al amparo del [artículo 851.1º Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) , en el presente motivo se denuncia que la sentencia recurrida ha incurrido en quebrantamiento de forma por no haberse expresado en ella de forma clara y

terminante cuáles son los hechos que se consideran probados y sobre cuya base se sustenta la condena de mi representada añadiendo que se incurre en la misma en omisiones sobre extremos trascendentes para la calificación jurídica y los distintos pronunciamientos del fallo.

La conducta de la funcionaria Sra. Teresa , según el recurso, se limitó exclusivamente a matricular a la alumna y hacerle entrega de la carta de pago.

La sentencia de instancia, se dice, omite cualquier referencia a las declaraciones del Profesor Sr. Florentino , de la propia Sra. Teresa y de la alumna D^a Carmen .

Y aún se invocan, en fin, criterios de "insignificancia" o de intervención mínima a los que se opondría la condena

2.- Por lo que a claridad se refiere, la sentencia es inequívoca en la descripción: los acusados se pusieron de acuerdo en hacer posible que la alumna obtuviera una calificación en asignatura de la que ni siquiera se examinó ni sobre el conocimiento de la cual se llevó a cabo procedimiento alguno de evaluación. Lo que, además, supuso la posibilidad de obtener un título académico sin necesidad ya de obtener una evaluación positiva en otras dos asignaturas, debido a las normas reguladoras de la carrera en la Universidad de Granada en ese momento.

La obscuridad al respecto, precisamente al describir lo que se tiene por probado, debe ser que ni fuera inteligible el comportamiento fundamento de la condena, ni cupiera alcanzar tal entendimiento mediante la lectura de la totalidad de la resolución. Y desde luego basta leer el apartado correspondiente de la recurrida para alejar la justificación de toda queja de oscuridad.

Allí se nos da cuenta de cómo la recurrente se puso en contacto con la alumna para adelantarle la conquista de su objetivo que no era otro que la de hacer posible la obtención de una calificación sin ni siquiera acudir a examen alguno e incluso procediendo a matricularla cuando ya había prelucido el plazo habilitado al efecto, incluso tras su posible alteración respecto del inicial, y todo gracias a las gestiones que, tras esa esencial de la matrícula extemporánea por su cuenta, llevara a cabo con el profesor al que, por razones que no constan, logró convencer para que accediera a la mendaz proclamación de suficiencia de conocimientos que son de ignorada posesión por la alumna.

Los demás alegatos del motivo caen fuera del ámbito de los formulables bajo el amparo del invocado [artículo 851](#) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . La afirmación de que se limitó a una correcta actuación administrativa de matriculación, cual era su tara como funcionaria de la administración universitaria, o los elementos de convicción asumidos o desechados, deberá debatirse por los cauces que autorizan a cuestionar el hecho probado. Pero no en el dedicado a velar por el respeto a la forma del procedimiento.

Y la nimiedad de la lesión a la norma jurídica es también ajena a este cauce procesal. Además de flagrantemente ignorante de la trascendencia que tiene dejar al puro arbitrio de un profesor funcionario establecer que personas deben ser aceptadas por la sociedad para el ejercicio de una profesión de estudios reglados.

QUINTO

1.- Al amparo del [artículo 5.4º](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) y 852 de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) , por vulneración del artículo 24.2 de nuestra [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) , y en tal medida, del Derecho Fundamental a la "Presunción de Inocencia", en relación con el derecho a la "Tutela Judicial efectiva" ⇨ [artículo 24.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) ⇨, por cuanto se ha condenado a nuestra representada como autora, por cooperación necesaria, de un delito de prevaricación administrativa, sin que haya existido una motivación suficiente sobre la valoración de la prueba practicada y porque la motivación aportada por la Sala de instancia se muestra carente de lógica y racionalidad. Afirma la recurrente que la sentencia lleva a cabo un juicio de deducción condenatoria sobre una base insuficiente y sobre un proceso deductivo ilógico y contrario a las máximas de la experiencia

Entiende que la sentencia hace muy escasa referencia al hecho concreto de si existió examen oral o no, que es el nudo gordiano del asunto.

Niega en fin que la Sra. Teresa no pidió al profesor que aprobara sin examen a D^a Carmen .

Y le reprocha que no afronta la valoración de la prueba de descargo.

2.- Nos remitimos a lo que expusimos al respecto al examinar el otro recurso del coacusado. Tanto en lo que concierne a la garantía de presunción de inocencia, como a la prueba sobre ese dato de hecho que la recurrente estima esencial: si se celebró o no el examen del que la nota figurada en acta a favor de la alumna fuera su resultado.

Dos añadiduras. La primera sobre la diferencia entre el derecho a la existencia de motivación, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, y la corrección de la motivación existente que resulta examinable en el marco de control del respeto a la garantía de presunción de inocencia. El derecho a la existencia de motivación, ínsito en el de tutela judicial y cuya vulneración da lugar a la nulidad de actuaciones con reposición del procedimiento al momento de la infracción, se satisface cuando existe una exposición de las razones a las que el Tribunal dice haberse sometido para decidir, salvo que tal exposición sea tan inequívocamente arbitraria o absurda que pueda considerarse como irrelevante para tal función justificadora. La corrección solamente es controlable desde la premisa de que lo que se controla existe. Y es entonces cuando lo que se examina es si los argumentos son

acomodados a lógica y experiencia como para avalar una certeza sobre el hecho discutido que pueda tenerse por objetiva y asumible por la generalidad. Es claro que la sentencia cumple hasta la saciedad la exigencia expositiva de sus razones. Se compartan o no. Pero esto es objeto del segundo aspecto del control.

La segunda añadidura por ello es ya la relativa a la prueba del comportamiento atribuido a la ahora recurrente. Pero en este aspecto la incuestionable autora del correo electrónico que la recurrente envía a la alumna no permite, salvo para vanos intentos de inútil defensa, discutir cual fue su protagonismo en alcanzar el resultado delictivo final: interesar de un profesor la expedición de una calificación a reflejar en acta académica, sin ni siquiera conocer a la alumna en momento alguno, y, para que ello fuera posible, la acusada formaliza en la administración universitaria, de la que es funcionario correspondiente a tal acto, la matriculación de la alumna incluso fuera de los últimos días posibles de plazo, culminados en 2 de noviembre y ejecutando el acto de matriculación en 9 de enero siguiente.

Así pues el motivo, en todos los frentes dialécticos que propone, debe ser rechazado.

SEXTO

1.- Por vía de infracción de Ley al amparo del [artículo 849.1](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) por la incorrecta aplicación del artículo 28 en relación con el [artículo 404](#) del [Código Penal \(RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777\)](#), por cuanto se ha establecido la coautoría de la penada recurrente en un delito de prevaricación administrativa sin especificar cuál fue en cada caso la aportación de cada uno de los acusados al hecho considerado delictivo, es decir, sin especificar en el relato fáctico las cuestiones concretas que le son achacables.

Alega que la doctrina jurisprudencial viene considerando coautores a aquellos en lo que concurre lo que se denomina "dominio funcional del hecho", y que, de no existir autoría respecto del delito base, en referencia a la prevaricación del profesor coacusado, no puede apreciarse como antecedente lógico la acción de matriculación y por tanto dicho acto no integra en modo alguno la cooperación necesaria.

2.- Respecto a la existencia de la infracción penal que el motivo denomina "delito base" basta recordar lo que acabamos de exponer para rechazar el recurso del profesor coacusado en relación a tal imputación.

Y, en lo que concierne al "dominio" del total devenir de tal comportamiento delictivo, basta recordar que el mismo solamente pudo acontecer porque la recurrente gestionó la actuación del profesor prevaricador y la hizo posible en la medida que gestionó la matriculación, incluso fuera de plazo hábil. De tal suerte que su cooperación "según expone en el correo electrónico que remitió a D^a Carmen" era causalmente imprescindible y fue inequívocamente buscada más que

meramente consentida.

No es ciertamente autora materialmente de un delito que requiere condiciones específicas en el sujeto activo de las que carecía la recurrente. Pero su cooperación a la actuación de tal sujeto fue determinante. Hasta el punto de que la Sala de instancia valoró, correctamente, a la recurrente merecedora de igual reproche que el autor de la prevaricación, sin acudir a la facultad moderadora del [artículo 65](#) del Código Penal al individualizar la pena a imponerle.

SEPTIMO

De conformidad con el [artículo 901](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal \(LEG 1882, 16\)](#) deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

III. FALLO

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS los recursos de casación interpuestos por Florentino y por Teresa , contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincialde Granada con fecha 18 de marzo de 2016 .

Condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas en los presentes recursos de casación.

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

PUBLICACION

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

Análisis

Sentencias a favor

TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), sentencia núm. 546/2017, de 12 julio. RJ\2017\3322.

- **Sobre relación de tutela judicial y presunción de inocencia por motivación defectuosa**

Normativa considerada

 (Disposición Vigente) [Ley Orgánica núm. 10/1995, de 23 de noviembre](#) . Código Penal RCL 1995\3170

- art. 28 : aplica norma [F. 6].

- art. 404 : aplica norma [F. 1].

Voces

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

Figuras delictivas

Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo

Debe estimarse

-Profesor titular de Universidad que califica con sobresaliente a alumna que ni se presentó a examen ni asistió a clase ni aportó ningún otro trabajo académico que justificase tal nota:

[F.1]

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

Personas responsables criminalmente

Cooperador

Debe estimarse

-Administradora adjunta de la Facultad de la Universidad que medió entre el profesor y la alumna, para que el primero aprobase la asignatura a la segunda:

[F.6]