



Roj: **STS 3493/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3493**

Id Cendoj: **28079120012019100588**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/10/2019**

Nº de Recurso: **1729/2018**

Nº de Resolución: **518/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1516/2017,**
STS 3493/2019

RECURSO CASACION núm.: 1729/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 518/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Monterde Ferrer Monterde Ferrer D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ramón Berdugo Gómez de la Torre . Antonio del Moral García

D. Andres Palomo Del Arco

Dª. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 29 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1729/2018 interpuesto por **Salvador** , representado por el procurador D. Fernando García de la Cruz Romeral, bajo la dirección letrada de D. César Fernández Bustos, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 29 de diciembre de 2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida el Ayuntamiento de Cogollos Vega, representado por el procurador D. Antonio Ángel Sánchez-Jáuregui Alcaide, bajo la dirección letrada de D. Rafael Revelles Suárez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 7 de Granada instruyó Procedimiento Abreviado nº 142/2016 contra **Salvador** por un delito intentado de estafa procesal y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que en la causa nº 31/2017 dictó sentencia en fecha 29 de diciembre de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<A) Se considera probado y así se declara que el acusado **Salvador** que había sido Alcalde del Ayuntamiento de Cogollos Vega, desde el 6 de junio de 2003 al 10 de junio de 2011, tras su cese y en su condición de funcionario con categoría de auxiliar desde 1981, insto frente ante ese Ayuntamiento el reconocimiento



administrativo de una pequeña mejora en el importe de sus trienios que traerían causa de su primer empleo como funcionario público tras tomar posesión en verano de 1979, en otro pueblo de Granada, como guardia urbano o como policía local. Categorías, una y otra, que por ser económicamente, algo diferentes habrían supuesto un incremento del importe del trienio, estimado de unos diez euros brutos. Realizadas las gestiones correspondientes por el Ayuntamiento se denegó por la Corporación el plus económico reclamado al no reconocerle la condición de policía local. Notificada la decisión formuló demanda ante los Juzgados de lo Contencioso de Granada y registrado por el Juzgado nº 4 con el número de expediente Nº NUM000 . El acusado antes de la vista del juicio abreviado, con fecha 26 de marzo de 2015, desistió libre y voluntariamente de su demanda, con conformidad de la parte contraria, que era el Ayuntamiento de Cogollos y que fue aprobado con la misma fecha por del Sr Secretario judicial de ese Juzgado. El acusado en esa demanda incorporaba, un documento fechado el 15 de julio de 2005 a modo de nota interior dirigido, se der cierta la fecha del documento en su condición de alcalde y en defensa de sus intereses particulares a la Secretaría e Intervención. A ese documento añadía al parecer, un certificado fechado el veinte de julio de 2005 atribuido al Sr. Alejandro Secretario del citado Ayuntamiento, en esas fechas y hasta su cese en 2016, en el que al parecer se le daba la razón a la petición de incremento salarial a los efectos del siguiente trienio que se decía ser el (9 º) . El Sr. Alejandro , que niega haber realizado o autorizado ese certificado admite que la firma plasmada en ese documento es suya sin que se haya acreditado ni intentado saber si fue llevada al papel de manera manipulada. Según las informaciones emitidas por el Alcalde que sucedió al acusado y el citado Secretario de la Corporación, no consta en los archivos del Ayuntamiento el expediente personal del acusado desaparecido o extraviados junto con otros numerosos expedientes que supuestamente a su instancia fueron sacados del Ayuntamiento y motivo por los que ese formuló denuncia, EL 27 de mayo, como el día 27 de mayo días después de las celebración de las elecciones municipales. Del mismo modo, con fecha 11 de mayo de ese mismo año 2011, se denunció, por el Sr. Secretario la desaparición, advertida el día 28 de marzo de 2011, o la pérdida de la totalidad de los sellos oficiales de secretaría y al parecer y también de la Alcaldía .de una y otra denuncia (Vid. doc. 5 y 6 aportados con la querrela). De una y otra denuncia no consta el esclarecimiento de los hechos ni el estado de situación de los procedimientos incoados.

B) Por otro lado, el acusado como alcalde el día dos de junio de 2011 y por tanto días antes de su inminente cese tras las elecciones municipales a las que acabamos de aludir ordenó mediante un documento ADOP un pago de 900 euros a favor de un tercero amigo suyo, sin expediente administrativo alguno. Por esa decisión a la que dio cumplimiento el Secretario del Ayuntamiento, y que el nuevo equipo de gobierno del Ayuntamiento anuló, fue años después condenado el Sr. Salvador por los delitos de malversación de caudales públicos en concurso con un delito de prevaricación administrativa. .Al enjuiciarse estos hechos Tanto la referida sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 5 de Granada el día 11 de diciembre 2014 como la dictada en apelación por esta misma Sección de la Audiencia Provincial con fecha ocho de febrero de 2016 en la que ganó firmeza, y en la que de nuevo se advirtió que la documentación aportada por el acusado en aquel procedimiento penal, en fase de instrucción ante el Juzgado de Instrucción nº 3 (D. Previas Nº 5.5056) y al tiempo de declarar como imputado, no se correspondía con la realidad y solo pretendía aparentar la legalidad del acto, por entonces investigado judicialmente y evitar las responsabilidades penales que finalmente, hubo de soportar, al ser condenado por los dos delitos, arriba reseñados y enjuiciados en el procedimiento de juicio oral seguido con el Nº 4/2014, ante el citado Juzgado de lo Penal Nº 5 de esta Ciudad.

C) En tercer lugar el acusado tras reintegrarse con fecha de 22 de julio de 2011 a puesto de funcionario, dejando de estar en servicios especiales, hasta final de año de 2013 como auxiliar administrativo en el Ayuntamiento de Cogollos se vio afectado por un expediente de reducción de haberes por ausencias o faltas de asistencias a su puesto de trabajo incoado por la Junta de Gobierno Local de fecha 17 de abril de 2013 , tras su tramitación se le informó al acusado el 10 de julio de 2014 que desde su incorporación durante el año 2011, solo trabajó un día en 2012 solamente 11 días y durante 2013, otros 81,días trabajados. En ese contexto el acusado hizo valer un documento (f.90-91) que aparece emitido por D. Casiano , que como Alcalde del citado Ayuntamiento habría hecho constar, con fecha de 30 de diciembre y a petición del acusado Sr. Salvador y a los efectos que aquí interesan lo siguiente: " El funcionario Salvador , en el ejercicio 2012. Todas los permisos, vacaciones, días de asuntos propios y ausencias motivadas solicitadas fueron conocidas y autorizadas previamente a su disfrute por esta Alcaldía.

El funcionario Salvador , de conformidad con el acuerdo adoptado en el ejercicio 2013, igualmente todas los permisos, vacaciones, días asuntos propios y ausencias solicitadas, fueron previamente conocidas y autorizadas por esta Alcaldía.

Para concluir señalando, para que así conste y surta efectos donde proceda, expido el presente informe, a petición del Funcionario municipal, Don Salvador , para unión al expediente personal y al que se le facilita copia para su constancia y efectos procedentes, en Cogollos Vega a treinta de diciembre de dos mil trece."



Finalmente, por resolución de la Junta de Gobierno Local de 29 de octubre 2014, se resolvió el expediente con una deducción respecto 58 días no trabajados sin causa, y por los que sin embargo si había cobrado su salario su salario. Notificada al acusado con fecha 10 de noviembre 2014 esa resolución que ponía fin al expediente, no se interpuso recurso quedando la decisión administrativa firme (f. 123). >>

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que, absolviendo al acusado de los delitos de falsedad documental referidos a las letras A y C, del relato de hechos probados debemos condenar y condenamos al acusado D. Salvador , como autor criminalmente responsable de un delito intentado de estafa procesal a la pena de 4 meses de prisión e inhabilitación durante el tiempo de prisión para el derecho de sufragio pasivo y a la multa de 4 meses a razón de 4 euros euros cuota día. El impago de las penas de multa dará lugar a la privación de libertad de un un día de prisión por cada dos cuotas impagadas en concepto de responsabilidad personal y al pago de las costas excluidas las devengadas por la acusación particular. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Salvador

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por infracción del art. 24.2 CE que reconoce la cosa juzgada como una garantía de todo acusado a no ser enjuiciado más de una vez por los mismos hechos que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.2 CE y cuya infracción produce indefensión. La infracción denunciada a través del presente motivo ha sido igualmente denunciada por el Ministerio Fiscal tanto en el escrito de conclusiones provisionales como posteriormente en el plenario. Al amparo del art. 851 LECrim se denuncia igualmente quebrantamiento de forma en su vertiente de incongruencia omisiva al no haber resuelto el tribunal sentenciador la referida cuestión.

Segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim e infracción de precepto constitucional del art 852, todo ello en relación con el art. 5.4 LOPJ y art. 24.2 CE. Indebida aplicación del art. 250.1-7.

Tercero.- Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim e infracción de precepto constitucional del art. 852 en relación con el art. 5.4 LOPJ y el art. 24.2 CE, indebida aplicación del art. 250.1-7º CP.

Cuarto.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, vulneración del derecho a un juez imparcial.

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

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 22 de octubre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Salvador

PRIMERO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim por infracción del art. 24.2 CE que reconoce la cosa juzgada como una garantía de todo acusado a no ser enjuiciado más de una vez por los mismos hechos que integra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.2 CE y cuya infracción produce indefensión. La infracción denunciada a través del presente motivo ha sido igualmente denunciada por el Ministerio Fiscal tanto en el escrito de conclusiones provisionales como posteriormente en el plenario. Al amparo del art. 851 LECrim se denuncia igualmente quebrantamiento de forma en su vertiente de incongruencia omisiva al no haber resuelto el tribunal sentenciador la referida cuestión.

Con independencia de que, tal como señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, algunos de los requisitos formales del escrito de interposición o formalización del recurso contemplados en el art. 874 LECrim, en concreto que las diferentes razones de impugnación deben estar ordenadas como motivos independientes que se presentarán debidamente separados y numerados, sin que deban juntarse diversas impugnaciones en un mismo motivo, de modo que cuando no se observan estos requisitos y se imputa a la sentencia



de forma conjunta, amalgamada y genérica, una serie de infracciones normativas, afirmándose que en el procedimiento se han vulnerado sistemáticamente preceptos constitucionales, siendo la consecuencia la inadmisión a trámite del recurso o, en su caso, la desestimación, no han sido cumplidos por el recurrente, lo cierto es que ambos motivos no deberían prosperar.

-En efecto estudiando, en primer lugar, por razones metodológicas la llamada incongruencia omisiva por no haberse pronunciado el tribunal sentenciador sobre la existencia de cosa juzgada, la primera objeción que debe hacerse es que esta Sala a partir de las sentencias 841/2010, de 6 de octubre; y 922/2010, de 28 de octubre, ha mantenido el criterio expresado en numerosos precedentes, referido a la alegación casacional de quebrantamiento de forma sin haber agotado en la instancia todos los cauces que el ordenamiento jurídico concede para hacer valer esa censura. Las sentencias de esta Sala 323/2015, de 20 de mayo; 444/2015, de 26 de marzo y 134/2016, de 24 de febrero, recuerdan que el motivo sustentado en el vicio procesal de incongruencia omisiva, se deriva de que ni explícita ni implícitamente se haya dado respuesta a una cuestión jurídica oportuna y temporáneamente alegada por alguna de las partes del proceso (STS 671/2012, 25 de julio); pero además conlleva su denuncia en este control casacional, una exigencia procesal, acudir previamente en la instancia al trámite del art. 267 de la LOPJ para solventar la incongruencia omisiva que ahora denuncia con la pretensión de devolver la causa al Tribunal de procedencia, con las consiguientes dilaciones (STS 360/2014, 21 de abril); pues el artículo 267.5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que los Tribunales podrán aclarar algún concepto oscuro o rectificar cualquier error material y, entre ellos, se cita la posibilidad de subsanar las omisiones de que pudieran adolecer las sentencias en relación a pretensiones oportunamente deducidas, utilizando para ello el recurso de aclaración y dándole el trámite previsto en dicho párrafo. Con ello, se evita la interposición de recurso, se consigue la subsanación de la omisión producida, y todo ello con evidente economía procesal que, además, potencia el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En palabras de la STS 290/2014, 21 de marzo: "...es doctrina ya relativamente consolidada de esta Sala afirmar que el expediente del art. 161.5º de la LECrim, introducido en 2009 en armonía con el art. 267.5º de la LOPJ se ha convertido en presupuesto necesario de un motivo por incongruencia omisiva. Esa reforma ensanchó las posibilidades de variación de las resoluciones judiciales cuando se trata de suplir omisiones. Es factible integrar y complementar la sentencia si guarda silencio sobre pronunciamientos exigidos por las pretensiones ejercitadas. Se deposita en manos de las partes una herramienta específica a utilizar en el plazo de cinco días. Con tan feliz previsión se quiere evitar que el tribunal ad quem haya de reponer las actuaciones al momento de dictar sentencia, con las consiguientes dilaciones, para obtener el pronunciamiento omitido iniciándose de nuevo eventualmente el itinerario impugnativo (lo que plásticamente se ha llamado "efecto ascensor"). Ese remedio está al servicio de la agilidad procesal (STS 686/2012, de 18 de septiembre, que cita otras anteriores). Desde esa perspectiva ha merecido por parte de esta Sala la consideración de presupuesto insoslayable para intentar un recurso de casación por incongruencia omisiva. Este nuevo remedio para subsanar omisiones de la sentencia ha superado ya su inicial período de rodaje, que aconsejaba una cierta indulgencia en la tesitura de erigir su omisión en causa de inadmisión. Pero se contabiliza ya una jurisprudencia que sobrepasa lo esporádico (S STS 1300/2011, 23 de noviembre, 1073/2010, 25 de noviembre, la ya citada 686/2012, de 18 de septiembre, 289/2013, de 28 de febrero o 33/2013, 24 de enero) y que viene proclamando esa catalogación como requisito previo para un recurso amparado en el art. 851.3º LECrim".

Quien ahora lamenta el silencio del Tribunal a quo a la hora de dar respuesta a sus pretensiones, no reaccionó en el momento de la notificación de la sentencia combatida ni hizo valer el expediente que ofrece el art. 267.5º de la LOPJ.

En definitiva como recuerda la STS 307/2013, de 4 de marzo, "Dada la excepcionalidad del recurso de casación y sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto la relevancia constitucional de la omisión en que haya podido incurrir la sentencia recurrida, está fuera de toda duda que aquellos errores puramente formales, subsanables mediante la simple alegación ante el tribunal a quo, habrán de hacerse valer por medio del expediente acogido por el art. 267.5 LECrim. La alegación tardía en casación puede exponer otros derechos fundamentales, de similar rango constitucional al que se dice infringido, a un injustificado sacrificio, mediante la retroacción del proceso a un momento anterior con el exclusivo objeto de subsanar lo que pudo haber sido subsanado sin esfuerzo ni dilación alguna."

No obstante la STS 922/2010, de 28 de octubre, sí precisó que este cauce casacional no es susceptible de aplicación a todos los supuestos de incongruencia omisiva. Pensemos en aquellos en que la omisión sea denunciada por el acusado y se refiera a pronunciamientos sobre pretensiones principales relacionadas con la concurrencia de algún elemento del tipo penal o circunstancias eximentes o atenuatorias de la responsabilidad criminal o desde el prisma de la acusación, cuando la sentencia no se pronuncie sobre la existencia de un delito cuya imputación conste en el escrito de calificación, supuestos en los que los derechos a la tutela judicial efectiva y acceso a los recursos prevalecerán sobre el derecho del acusado a un proceso sin dilaciones y a que la causa se resuelva en un plazo razonable.



SEGUNDO.- Pues bien, aun analizando el vicio procesal del art. 851.3 LECrim, respecto a este vicio in iudicando, también denominado "fallo corto", la jurisprudencia, SSTS 1290/2009, de 13 de diciembre; 721/2010, de 15 de octubre; 1100/2011, de 27 de octubre; 601/2013, de 7 de octubre; 627/2014, de 7 de octubre; 338/2015, de 2 de junio; 912/2016, de 1 de diciembre; 366/2017, de 3 de mayo; 682/2017, de 18 de octubre; 292/2018, de 18 de junio; 338/2018, de 5 de julio, tiene dicho que aparece en aquellos casos en los que el Tribunal de instancia vulnera el deber de atendimento y resolución de aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte, integrado en el de tutela judicial efectiva, as obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (STS. 170/2000 de 14.2). Aparece, por consiguiente, cuando la falta o ausencia de respuesta del Juzgador se refiere a cuestiones de derecho planteadas por las partes, no comprendiéndose en el mismo las cuestiones fácticas, que tendrán su cauce adecuado a través de otros hechos impugnativos, cual es el ya mencionado previsto en el art. 849.2 LECrim. error en la apreciación de la prueba, o a través del cauce del derecho fundamental a la presunción de inocencia (STS. 182/2000 de 8.2). Por ello, no puede prosperar una impugnación basada en este motivo en el caso de que la cuestión se centre en la omisión de una argumentación, pues el Tribunal no viene obligado a dar una respuesta explícita a todas y cada una de las alegaciones o argumentaciones, bastando con la respuesta a la pretensión realizada, en la medida en que implique también una desestimación de las argumentaciones efectuadas en sentido contrario a su decisión (STS. 636/2004 de 14.5) y desde luego, como ya hemos dicho, tampoco prosperará el motivo del recurso se base en omisiones fácticas, pues el defecto procesal de incongruencia omisiva en ningún caso se refiere a cuestiones de hecho (STS. 161/2004 de 9.2).

Las condiciones para que pueda apreciarse este motivo son:

- 1) que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico suscitadas por las partes oportunamente en sus escritos de conclusiones definitivas y no a meras cuestiones fácticas, extremos de hecho o simples argumentos.
- 2) que la resolución dictada haya dejado de pronunciarse sobre concretos problemas de Derecho debatidos legal y oportunamente, lo que a su vez, debe matizarse en un doble sentido:
 - a) que la omisión se refiera a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquellas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica (STC. 15.4.96).
 - b) que dicha vulneración no es apreciable cuando el silencio judicial puede razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida (SSTC. 169/94, 91/95, 143/95), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita (STC. 263/93; TS. 96 y 1.7.97).
- 3) que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso (SSTS. 24.11.2000, 18.2.2004).

En estos últimos casos esta Sala ha procedido a dar respuesta razonada a la pretensión no resuelta por el Tribunal de instancia. En atención al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas "cuando exista en el recurso un motivo de fondo que permita subsanar la omisión denunciada, analizando razonadamente y resolviendo motivadamente, la cuestión planteada, se ofrece a esta Sala la oportunidad de examinar la cuestión de fondo cuyo tratamiento ha sido omitido, satisfaciendo a su vez el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando las dilaciones que se producirían si la causa hubiese de volver al Tribunal de instancia y posteriormente, de nuevo, a este Tribunal de casación (STS. 1095/99 de 5.7 entre otras).

Situación que sería la presente en la que el recurrente ha articulado motivo denunciando el no haberse apreciado la cosa juzgada, lo que posibilita a esta Sala casacional analizar su posible concurrencia.

TERCERO.- El motivo incide en que el 11-12-2014 el Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada dictó sentencia condenando al recurrente como autor de sendos delitos de malversación y prevaricación en concurso medial, argumentando en el F.J. 3º que "el expediente acompañado por el entonces alcalde era falso y había sido elaborado con posterioridad simplemente para justificar el pago realizado y con fines exculpatorios", argumento que fue recogido con posterioridad por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, en sentencia de 8-2-2016.

Por tanto en ambas resoluciones fue objeto de análisis el expediente administrativo que, posteriormente fue reputado como falso, análisis que ha sido asumido en la resolución objeto del presente recurso, resultando por ello imposible, so pena de vulnerar el derecho de todo acusado a ser juzgado una sola vez por iguales hechos,



la condena del recurrente por el delito de estafa procesal intentada, al constituir la falsedad del expediente administrativo el sustento fáctico de la condena recaída y objeto del presente recurso, por lo que la inclusión de tal apreciación en el relato de hechos probados, permite afirmar que los hechos objeto de condena fueron valorados, analizados y enjuiciados en aquel procedimiento.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar como esta Sala, SSTS 730/2012, de 26 de septiembre, 974/2012, de 5 diciembre; 772/2017, de 29 de noviembre, tiene declarado que la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquélla que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado (STS. 1375/2004 de 30.11).

Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE. y también el art. 25.1 de esta misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. 3154/90 de 14.10), y la jurisprudencia de esta Sala (SS. 29.4.93, 22.6.94, 17.10.94, 20.6.97, 8.4.98) que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio "non bis in idem", el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 de la CE., como íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado, y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. De la L.E.Cr.) todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes.

Asimismo en STS. 338/2015 de 2 de junio hemos recordado, como el Tribunal Constitucional por todas, sentencia 91/2008 de 21.7, ha reiterado que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribía, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión. Asimismo debe destacarse que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, comparando los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial.

La sentencia Tribunal Constitucional 69/2010 de 18.10 insiste en que la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 249/2005, de 10 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero; 60/2008, de 26 de mayo; 91/2008, de 21 de julio).

El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como, en lo que a este recurso de



amparo interesa, de la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 14.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984) [STC 249/2005, de 10 de octubre].

Asimismo esta Sala casacional -por todas STS. 505/2006 de 10.5-, recuerda la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS. 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in ídem", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10-2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13.4.77, según el cual "nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país".

Sin embargo, y según la misma doctrina, para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuales son los elementos identificadores de la misma en el proceso penal y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos. STS. de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998.

Por tanto, los elementos identificadores de la cosa juzgada material son, en el orden penal:

- 1) identidad sustancial de los hechos motivadores de la sentencia firme y del segundo proceso.
- 2) identidad de sujetos pasivos, de personas sentenciadas y acusadas.

El hecho viene fijado por el relato histórico por el que se acusó y condenó o absolvió en el proceso anterior, comparándolo con el hecho por el que se acusa o se va a acusar en el proceso siguiente.

Por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que dirigió la acusación en la primera causa y que ya quedó definitivamente condenada (o absuelta) que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso.

Aplicando la doctrina que antecede al caso presente la incorporación del falso expediente administrativo en el procedimiento anterior, seguido contra el recurrente por delito de prevaricación y malversación, nunca fue enjuiciado anteriormente pues ni en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, ni ni de la acusación del Ayuntamiento, se acusó de tal delito, habiéndose incoado el presente procedimiento por estafa procesal, en virtud de querrela interpuesta por el Ayuntamiento y que no puede predicarse identidad sustancial del hecho en ambos procesos por lo que no se cumple uno de los requisitos esenciales de la cosa juzgada.

CUARTO.- El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim e infracción de precepto constitucional del art 852, todo ello en relación con el art. 5.4 LOPJ y art. 24.2 CE. Indebida aplicación del art. 250.1-7. No existe prueba alguna que determine la falsedad del documento aportado durante la declaración del investigado más allá de la valoración efectuada por el titular del Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada en virtud del principio de libre valoración de la prueba ex art. 741 LECrim. Predeterminación del fallo en el relato de hechos probados.

Se argumenta que la condena del Sr. Salvador como autor de un delito intentado de estafa procesal del art. 250.1-7º descansa en una supuesta aportación de un expediente administrativo durante su declaración como investigado. Documento reputado como falso por el titular del Juzgado de lo Penal nº 5 de Granada, apreciación esta que fue asumida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada e igualmente asumida por la misma Sección en la sentencia objeto del presente recurso, pero sin que en ningún procedimiento, ni en aquel ni en el presente, se hubiese practicado prueba alguna tendente a determinar la falsedad del documento en cuestión, y la acreditación de tal extremo y su aportación a causa criminal con fines engañosos resulta a todas luces necesaria para determinar la concurrencia del delito de estafa procesal.

El motivo debe ser desestimado.

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia, como venimos afirmando, por todas STS. 539/2013 de 27.7, el derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una



mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado". Constituye también doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (SSTC. 145/2003 de 6.6, 300/2005 de 2.1, 70/2007 de 16.4).

En este ámbito además de los supuestos de inferencias ilógicas e inconsecuentes, la STC. 204/2007 de 24.9, ha considerado asimismo insuficiente las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial.

Así como hemos explicitado en múltiples resoluciones de esta Sala, por todas sentencias 753/2007 de 2.10, 672/2007 de 19.7, cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Tribunal de instancia, porque a este solo corresponde esa función valorativa pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y en correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al tribunal de casación debe comprobar que el tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se práctica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia obliga al tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional de la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que de la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 209/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

En definitiva el control que compete al Tribunal Supremo respecto de la verificación de la prueba de cargo suficiente para acreditar la efectiva concurrencia de todos y cada uno de los elementos del delito de que se trate no consiste en cuestionar "la específica función judicial de calificación y subsunción de los hechos probados en las normas jurídicas aplicables, sino en verificar que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías



necesarias para la adecuada valoración ", en comprobar "que el órgano de enjuiciamiento expone las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada"; y en "supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante".

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda que el derecho a la presunción de inocencia, art. 24.2 CE. "se configura, en tanto que tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE., sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta. De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aún partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

QUINTO.- En el caso presente es cierto que respecto a la eficacia de sentencia dictadas por otros órganos, la doctrina de esta Sala -por ejemplo S. 180/2004 de 9.2- viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada (STS. 771/2002 de 18.7).

Así en la STS. 232/2002 de 15.2, se hace una reseña de la doctrina de esta Sala y se recuerda que ya la sentencia de 16.10.91, estableció que: "los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que en proceso distinto y por jueces diferentes se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo pues sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se dieran entre las dos resoluciones la identidad de cosa juzgada". Y la Sentencia de 12 de marzo de 1992, ya recordó: primero, que los testimonios o certificaciones de tales resoluciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resuelto ni de la veracidad de lo en ellas contenido; segundo, que lo resuelto por un Tribunal, excepto en la cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas; tercero, que en tales supuestos no pueden extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces pues de lo contrario se incurriría en una recusable interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba". Con igual criterio se expresa la Sentencia 1341/2002 de 17.7.

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina "prejudicialidad positiva" o "eficacia positiva" de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho". En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que "nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica".

También las SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial



procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in idem" y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un "plus" de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, lleven a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Cuestión diferente es que conste una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales, pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

En este sentido, como precisa la STS. 62/2013 de 29.1, el Tribunal Constitucional ha señalado, que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que "[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, "es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado", pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo".

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): "(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: "(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción". Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece



cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección".

SEXTO.- En el supuesto que se analiza no se da pronunciamiento contradictorio alguno entre ambos procesos y lo que denuncia el recurrente es la falta de prueba de cargo en el presente procedimiento para conformar la falsedad del expediente cuestionado.

Queja inasumible.

La sentencia recurrida destaca, de una parte, que el hecho falsario fue advertido y señalado por dos tribunales diferentes: el sentenciador y el de apelación, y de otra que la defensa lo que opuso, aparte de la escasa cantidad malversada y de las penas impuestas por ello en el anterior proceso, la posibilidad de eximirle de responsabilidad al entender que esa maniobra falsaria solo era un ardid o una expresión o estrategia de defensa en su derecho a evitar su castigo o a no favorecer su condena, tratando de ocultar estos actos que le incriminaban.

Pues bien, con independencia de que aquellas dos sentencias anteriores están unidas al presente procedimiento como prueba documental, en el acto del juicio oral se practicó la testifical del Secretario del Ayuntamiento (ver DVD 2 hora 11.26.00) quien declaró que él no participó en la elaboración del expediente de tramitación de pago (folios 77-79 diligencias) no emitió el informe favorable que se dice, y no consta en los registros municipales referido expediente, que era falso.

Consecuentemente existen en las diligencias prueba testifical y documental acreditativa de la falsedad del expediente administrativo que fue presentado por el hoy recurrente en el procedimiento penal por prevaricación y malversación, prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

SÉPTIMO.- El motivo tercero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim e infracción de precepto constitucional del art. 852 en relación con el art. 5.4 LOPJ y el art. 24.2 CE, indebida aplicación del art. 250.1-7º CP. Ausencia de los elementos objetivos -perjuicio patrimonial- y subjetivo -ánimo de lucro- que integran el tipo penal. La aportación de elemento documental supuestamente falso a causa criminal con ánimo exultatorio del delito inicialmente imputado constituye acto de encubrimiento impune o, en su defecto, conduce a la indebida inaplicación del art. 393 CP.

En relación a la estafa procesal hemos recordado en SSTS 366/2012, de 3 de mayo; 1100/2011 de 27. 10, 72/2010 de 9.2; 327/2014, de 24 de abril; 252/2018, de 24 de mayo, que se caracteriza porque el sujeto pasivo engañado es en realidad el órgano judicial a quien a través de una maniobra procesal idónea, se la induce a seguir un procedimiento y/o dictar una resolución que de otro modo no hubiera sido dictada. El resultado de ello es que no coincide la persona del engañado, quien por el error inducido realiza el acto de disposición en sentido amplio (el juez), con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado). Es más, también la jurisprudencia, en contra de parte de la doctrina, ha estimado que puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento (ordinariamente pruebas falsas o por simulación de un contrato) se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción o, en cualquier caso, determine un cambio de su voluntad procesal como solución más favorable, lo que se denomina estafa procesal impropia (STS 878/2004, 12 de julio)". En sentido similar la STS nº 603/2008; y la STS nº 7202008. De todos modos, deberán quedar excluidos de la estafa los casos en los que el acto de disposición no venga motivado por el engaño.

Por otra parte, la existencia de la estafa procesal como figura agravada no supone la posibilidad de prescindir de los requisitos generales de la estafa, entre ellos la concurrencia de un engaño que pueda calificarse como bastante. Se decía en la STS nº 572/2007 que "En el delito de estafa procesal, como en la estafa genérica, el engaño debe versar sobre hechos, más concretamente sobre la existencia de hechos y conceptualmente no se diferencia del engaño del tipo básico".

En definitiva, en el subtipo agravado, conocido como estafa procesal, el engaño se dirige al Juez con la finalidad de obtener una resolución que incluya un acto de disposición a favor del autor o de un tercero y en perjuicio también de tercero. Como se ha dicho más arriba, también se considera estafa procesal el supuesto en el que, sobre la base de argucias procesales, se induce a la contraparte a adoptar una decisión basada en el engaño que implique un acto de disposición. El carácter bastante del engaño, deberá ser determinado también en atención a estas circunstancias específicas del subtipo agravado.



Consecuentemente, conforme a la doctrina jurisprudencial (STS 670/2006, de 21-6, 758/2006, de 4-7; 754/2007, de 2-10; 603/2008, de 10.10; 1019/2009 de 28-10; 35/2010, de 4-2; la estafa procesal tiene lugar en aquellos casos en que una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos a la otra parte o de tercero acusados del acto de disposición.

La estafa procesal requiere estructuralmente, como modalidad agravada, todos los requisitos exigidos en la previsión de la estafa básica u ordinaria recogida en el art. 248.1 es decir, el engaño, el error debido al engaño, el acto de disposición - en este caso resolución judicial- motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro - siendo suficiente para estimar en el autor la existencia de dicho elemento de injusto, dada su amplia interpretación que prevalece al sopesar la específica intención lucrativa la cooperación culpable de lucro ajeno, pues no es preciso con lucro propio, ya que hasta que sea para beneficiar a un tercero (STS 5629/2002 de 20-2; 297/2022, de 20-2; 577/2002, de 8-3; 238/2003, de 12-2; 348/2003 de 12-3; y la relación de imputación que cabe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación del pleito o empleo de otro fraude procesal.

Con base a esta doctrina jurisprudencial se puede definir la estafa procesal como aquellos artificios desplegados en un proceso, directamente encaminados a que el Juez, por error, dicte una resolución injusta que comporte un daño para una persona con el consiguiente lucro indebido para otra. En ese sentido el actual art. 250.1.2º, modificado por LO 5/2010, de 22-6 considera que "incurren en estafa procesal, los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulasen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero".

El fundamento de este subtipo agravado no es otro que el hecho de que en esta modalidad de estafa no solo se daña el patrimonio privado, sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, razón por la cual parte de la doctrina entiende que se trata de un delito pluriofensivo, siendo ésta la razón que justifica su agravación penológica respecto del tipo básico de la estafa como se afirma en STS de 9-5-2003, la estafa procesal constituye una modalidad agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria.

Y en cuanto a la consumación en STS. 100/2011 de 27.10, hemos dicho que por la doctrina se mantienen dos posturas contrapuestas. Por una parte, se entiende que al exigir el delito de estafa un perjuicio patrimonial, dicho perjuicio no se produce hasta el momento en que el perjudicado se ve materialmente privado de parte de su patrimonio objeto del proceso fraudulento es decir, en el momento mismo en que se ejecuta la resolución judicial una vez que la misma ha adquirido firmeza. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que el delito de estafa procesal se consuma en el momento en que se dicta la resolución judicial en primera instancia, puesto que la obligación que la misma conlleva incide ya de manera directa sobre el patrimonio con el consiguiente perjuicio.

Este último es el criterio seguido por la jurisprudencia de esta sala, al afirmar que el subtipo agravado de estafa se consuma cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, induciendo al Juez a dictar una resolución que de otro modo no hubiera dictado.

En este sentido la STS 1743/2002 de 22-10 en la que se señala que resulta ineludible establecer el momento en que debe llegar la perfección delictiva, es decir la consumación del delito imputado, por haberse realizado todos los elementos del tipo, tanto desde el punto de vista de la acción del autor, como desde el punto de vista del resultado. Pues bien, el delito de estafa procesal admite formas imperfectas de ejecución, en todos aquellos supuestos en que el sujeto activo realiza, en todo o en parte, las maniobras fraudulentas que objetivamente debieran producir el resultado pretendido, es decir, el acto de disposición patrimonial y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor (STS 9.1.2003). Por el contrario, el delito se encuentra consumado cuando sí se alcanza el propósito perseguido que no es otro que el de determinar un error en el juzgador y obtener la correspondiente resolución en perjuicio de la otra parte. Por lo expuesto la perfección delictiva se ha de situar cuando el Juez inducido por la maniobra fraudulenta del acusado, dicta sentencia con beneficio efectivo para el sujeto pasivo, y en los casos de formas imperfectas de ejecución, cuando en los que, pese al artificio engañoso no se logra el propósito perseguido con la resolución judicial desestimatoria de la pretensión del sujeto activo.

Ese es ciertamente el criterio mantenido por esta Sala, como son exponentes las sentencias 595/1999, de 22 de abril y 794/1997, de 30 de septiembre, en las que se declara que la modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250,1 2º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con



tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y las garantías del procedimiento. Como recuerda la Sentencia 530/1997, de 22 de abril, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte. La peculiaridad de estas estafas radica, pues, en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado.

El delito se consuma, pues, cuando se pronuncia la resolución judicial motivada por el engaño, sin que deba confundirse con el agotamiento del delito consistente en el efectivo y material perjuicio ocasionado por la maniobra fraudulenta.

En este sentido la STS. 172/2005, precisa en cuanto a la consumación, que si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento y la presentación del documento falso, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado.

Por ello, lo que verdaderamente consuma el tipo delictivo en la estafa procesal es la producción de una decisión de fondo respecto de la cuestión planteada, pudiendo en los demás casos, integrar la conducta modalidades imperfectas de ejecución y así puede hablarse de tentativa cuando el engaño es descubierto y el Juez se apercibe del mismo pese a poder ser idóneo. En definitiva, el tipo se consuma cuando recae una decisión sobre el fondo de la cuestión planteada y en los demás casos, puede producirse en grado de perfección imperfecta.

La tentativa está en la no consecución del error en la autoridad judicial porque ésta se aperciba del engaño bastante o porque, aún dándose el error, la resolución judicial dictada no es injusta.

Bien entendido que como ya hemos señalado con anterioridad la LO 5/2010, ha remodelado el tipo agravado de fraude procesal perfilando sus contornos como dicen las SSTS 776/2013, de 13 julio, y 5/2015, de 26 de enero, se trata de dilucidar ahora si esa reforma ha sido meramente aclaratoria, es decir, si se dirigía exclusivamente a proporcionar una interpretación y confirmación de lo que ya estaba vigente; o si, por el contrario es una innovación normativa material y por tanto con proyección exclusiva hacia el futuro en cuanto peyorativa.

Antes de tal reforma, la estafa procesal se construía sobre la base de todos los elementos típicos del delito genérico de estafa: engaño, error, y un acto de disposición que comportaba un desplazamiento patrimonial (empobrecimiento de la víctima y correlativo enriquecimiento del autor: art. 248 CP).

De ahí que la estafa procesal según era opinión prevalente no pudiese ser cometida por un demandado por cuanto no existía ese desplazamiento patrimonial (un *damnum emergens*), sino en todo caso la privación de un lucro debido que es diferente e insuficiente para conformar ese elemento básico del delito de estafa concebido como delito de enriquecimiento (y no de "no empobrecimiento").

Varios precedentes jurisprudenciales refrendan esa estimación: SSTS 35/2010 de 4 de febrero de 2010, 544/2006, de 23 de mayo, 966/2004, de 21 de julio, ó 556/2003 de 10 de abril.

Hay que apresurarse, no obstante, a advertir que con esa línea preponderante convivían pronunciamientos que podrían conducir a conclusiones distintas.

La STS 35/2010, de 4 de febrero razonaba así: "Se cuestiona en el motivo la existencia de simulación de pleito o empleo de fraude procesal ya que el pleito no fue instado por la recurrente, sino por el querellante y el motivo de oposición fue la cesión del contrato de arrendamiento, teniendo el carácter de alternativa de presentación de las facturas por obras ejecutadas; y en todo caso, la concurrencia de los requisitos de la estafa procesal.

Ciertamente la estafa procesal presupone la concurrencia de los requisitos configuradores del delito básico con la matización de que el engaño característico de la estafa se produce a través de un fraude procesal, cuando el error lo sufre el órgano jurisdiccional que dicta una resolución provocadora de un desplazamiento patrimonial concreto y un correlativo enriquecimiento para el autor del hecho. Por ello esta Sala, en sentencias de 23.5.2006 y 21.7.2004, tiene establecido que resultaría jurídicamente imposible la comisión de una estafa procesal por el demandado en razón de la posición previa que ostenta en el procedimiento. El demandado el resultado más favorable que puede esperar en el litigio civil es que le absuelvan y una sentencia absolutoria no puede suponer ese acto de disposición exigido por la estafa, al no producirse un desplazamiento patrimonial, a lo sumo se produciría el mantenimiento de una situación injusta con el acto engañoso, un "status quo" que



nunca puede equipararse a un empobrecimiento del afectado y correlativo enriquecimiento del sujeto agente. Existirá falsificación si a través de un documento falaz se trata de consolidar judicialmente una situación injusta precedente, pero no estafa procesal, concluyendo que "una sentencia absolutoria, conseguida con maniobras torticeras no podría poseer jamás la virtualidad para provocar un acto traslativo, solo alcanzable a medio de una condena con atribución patrimonial al actor".

Tras la modificación de 2010 ha cambiado la norma más de lo que en una primera aproximación pudiera intuirse. Lo que se llegó a catalogar como simple mejora técnica para aproximar el concepto legal de estafa procesal con la morfología que a esa figura atribuye desde antiguo la dogmática, ha repercutido y no en poca medida en los contornos de la tipicidad reduciendo su espacio, por un lado; y, por otro, ampliándolo. La agravación por "fraude procesal" se ve sustituida, ya con un nomen propio, por "la estafa procesal" que aparece en el reformado art. 250.1.7º. Incurren en estafa procesal -se precisa- "los que en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo, provocando error en el Juez o Tribunal llevándole a dictar una resolución que perjudique a los intereses económicos de otra parte o de un tercero".

Se han incrementado, por una parte, las exigencias típicas. Solo quedan colmadas cuando se llega a provocar error en el órgano judicial y el perjuicio se deriva de la resolución judicial fruto de ese engaño (vid. STS 381/2013, de 10 de abril).

Pero, por otra parte, se prescinde de alguno de los elementos de la estafa básica: ya no es necesario un positivo acto de disposición con desplazamiento patrimonial. Basta una resolución judicial que perjudique ilegítimamente los intereses de una parte o un tercero.

OCTAVO.- Siendo así el recurrente cuestiona en primer lugar la concurrencia de los elementos esenciales que requiere el delito de estafa procesal: ánimo de lucro y perjuicio patrimonial.

Impugnación inatendible.

1. El ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, junto al dolo general de engañar, forma la estructura subjetiva del delito de estafa, y consiste sustancialmente en la intención de obtener para sí o para otros, no solo el mero provecho económico sino también el enriquecimiento, la ganancia o, en definitiva, la ventaja patrimonial del agente o un tercero, es decir, no es preciso el lucro propio, basta que sea para beneficiar a un tercero.

En el caso que nos ocupa, el acusado mediante la presentación en el proceso penal de un expediente simulado, que no se corresponde con la verdad, buscaba un interés personal -lucro- consistente en obtener una resolución favorable, bien en la instancia mediante el sobreseimiento y archivo o llegado el momento de la sentencia con la absolución evitando así la condena y el reintegro por su parte de los 900 euros entregados a un tercero a cargo de la Entidad Local de la que era Alcalde y que resultó perjudicada en esa cantidad. Ánimo de lucro distinto del existente en la malversación residente en ese tercero que se benefició del pago injusto.

2. En cuanto a la segunda cuestión planteada relativa a que el acto de presentación del expediente administrativo lo fue con ánimo exculpatario, un acto de autoencubrimiento impune pues lo que pretendía era ocultar los delitos que se le imputaban, tampoco puede tener acogida.

Respecto a la posibilidad de encontrarnos ante un encubrimiento impune es necesario realizar más consideraciones previas partiendo de la grave dificultad que hay, en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP) en estos casos hemos dicho (SSTS 1706/2002, de 9 de octubre; 875/2004, de 19 de junio; 1424/2005, de 5 de diciembre; 671/2006, de 21 de junio) de acuerdo con la doctrina, que solo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas, si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real e ideal, según las características de cada hecho.

El art. 8.3 CP recoge la fórmula *lex consumens legi consumptae* lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí injustos menores, que se sitúan respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como la falsedad documental en cuanto falta de verdad expresada por escrito, con relación al delito fiscal, o como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarla. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la comisión. También se admite la conjunción respecto de ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, como la inhumación ilegal de cadáver en relación con el homicidio.



Se recepciona así la teoría del autoencubrimiento impune que en sentencias como las 1916/92, de 18 de septiembre; 1303/95, de 23 de diciembre, sostiene que no puede ser apreciado el delito en aquellos supuestos en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su descuartizamiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado. Autoencubrimiento impune declarado por esta Sala en otras ocasiones (SSTS 600/2007, de 11 de septiembre; 497/2012, de 4 de junio).

Sin embargo la recepción de la doctrina del autoencubrimiento impune no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos, sino que quedan exceptuados los actos practicados por el autoencubridor que constituyan de por sí un nuevo delito.

La STS 1807/2000, de 25 de noviembre, contemplo el supuesto de un funcionario auxiliar de Correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes y entendió incuestionable que tal conducta era plenamente subsumible en el art. 390.1-3 CP, rechazando el autoencubrimiento impune en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

Igualmente la STS 356/2018, de 17 de julio, con cita en de la 20/2016, de 26 de enero, recuerda en un caso en que los actos llevados a cabo para encubrir un delito rebasan la antijuridicidad que abarca el mismo, el autoencubrimiento impune no puede estimarse. De manera que podrán castigarse aquellos actos dirigidos a encubrirse a uno mismo si estos constituyen por sí mismos un nuevo delito cuyo desvalor no es subsumible en el delito que origina esta conducta.

En el caso que nos ocupa cuando el expediente simulado se erige en instrumento o medio para producir la malversación en concurso con la prevaricación podría plantearse la consunción del delito de estafa procesal en los delitos contra la Administración Pública, pero no es este el supuesto contemplado. El expediente aportado en las diligencias previas 5506/2012 no fue instrumental respecto de aquellos delitos sino que se elaboró con posterioridad y se aportó al declarar como imputado, cuando el Ayuntamiento había denunciado los hechos. Se trata de un expediente confeccionado ex post tendente no a facilitar los delitos contra la Administración Pública sino a dificultar su descubrimiento con el fin de ocultar y justificar aquellos delitos investigados en procedimiento distinto del presente.

Consiguientemente no puede entenderse por la teoría del autoencubrimiento impune que el delito de estafa procesal por el que fue condenado el recurrente pueda quedar absorbido por los delitos de prevaricación y malversación por los que fue condenado en otro procedimiento, cuando siendo distintos los bienes jurídicos protegidos en una y otras infracciones, son autónomos e independientes, sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión -la presentación en juicio del expediente simulado no tiene carácter instrumental sobre los delitos de prevaricación y malversación ya cometidos- ni se da el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible comprenda el injusto del todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previos por las otras.

3. Por último en cuanto a la incardinación de los hechos, en el caso de que se considere falso el documento, en el art. 393 CP, el recurrente vuelve a insistir en la ausencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo del art. 250.1-7º, al no existir ánimo de lucro y perjuicio a tercero, por lo que la conducta del acusado debería haberse subsumido en el delito del art. 393 que no exige ánimo de lucro ni perjuicio patrimonial alguno.

Ciertamente, la estafa procesal va más allá de lo simplemente patrimonial y está asociado al delito previsto en el art. 393 en el que se castiga al que a sabiendas de su falsedad, presentase un documento falso en juicio, sin que se exija la intención de perjudicar, como sucede cuando, el mismo artículo, castiga el simple uso de un documento falso, lo que plantea -dice la STS 1455/2003, de 8 de noviembre- problemas concursales y de consumación.

Así el delito del art. 393 en su modalidad de presentación en juicio, precisa de los requisitos siguientes:

1º Presentación de un documento falso, ya sea público, oficial o mercantil, cualquiera que sea el orden de dicho procedimiento.

2º Que el sujeto activo del delito presente el documento a sabiendas de su falsedad.

3º Que dicho sujeto no sea partícipe en la falsificación del documento.

4º Irrelevancia de cualquier otro condicionamiento temporal, de perjuicio a tercero o de obtención de un resultado.



Ahora bien el caso de presentación de elementos falsos con el propósito de cometer una estafa procesal, induciendo a error al juez con dichos documentos, puede presentar problemas concursales con el delito del art. 393, y entonces será preciso distinguir si el delito de estafa se ha consumado, supuesto en que el delito de estafa procesal absorbe al delito del art. 393 por ser un tipo más amplio y complejo (art. 8.3º CP) o bien el delito de estafa no ha llegado a consumarse (tentativa) por no haber inducido a error los documentos falsos presentados y en este caso sería de aplicación el principio de subsidiariedad, excluyendo el precepto penal más grave al castigado con pena menor (art. 8.4 CP).

En el caso actual no descartándose la comisión del delito de estafa procesal intentado, no tendría sentido la posible aplicación del art. 393 CP, no tanto por el principio acusatorio, dada la homogeneidad entre las dos figuras delictivas, como porque en este caso, el delito de presentación en juicio de un documento falso estaría castigado con pena superior al delito de estafa procesal en grado de tentativa.

NOVENO.- El motivo cuarto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, vulneración del derecho a un juez imparcial, la participación de dos de los tres Magistrados que componían la Sala de la sentencia de fecha 8-2-2016, confirmatoria de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal Nº 5 de Granada por la que se condenaba al hoy recurrente como autor responsable de un delito de prevaricación administrativa en concurso ideal con un delito de malversación de caudales públicos, proceso éste en el que se valoró la veracidad del documento, debió conducir, habida cuenta el conocimiento previo de la causa, a la abstención del conocimiento y posterior fallo de la resolución que nos ocupa y por la que se condenó al recurrente como autor de un delito de estafa procesal intentada a consecuencia de la aportación de documento reputado falso en aquella causa judicial.

Argumenta que aún cuando es cierto que la prevaricación administrativa y la malversación del primer proceso son delitos heterogéneos respecto al de estafa procesal que nos ocupa, el conocimiento de la causa previa contra el acusado que culminó con su condena, debió impedir que iguales magistrados decidieran a posteriori causa frente a igual acusado por cuanto el conocimiento previo de la misma condicionó el contenido de la resolución objeto de recurso.

Se suscita por el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación si puede ser impugnada tal infracción en casación, como cuestión nueva, dado que con anterioridad no se propuso en tiempo la oportuna recusación ante la propia Sala sentenciadora, dado que tales circunstancias debían serle conocidas al recurrente.

Esta Sala, de forma mayoritaria, se ha inclinado por la postura negativa (SSTS 600/2012, de 12 de julio; 79/2014, de 18 de febrero; 259/2015, de 30 de abril; 605/2017, de 5 de septiembre; 848/2017, de 22 de diciembre), dado que la jurisdicción del TS en el recurso de casación es esencialmente revisora, lo que implica que las cuestiones que ante él se plantean han debido ser cuestionadas y resueltas previamente en la instancia. Por tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa por cuanto se configura legalmente el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un juez que considera parcial , e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde-la existencia es radical habida cuenta que la sanción para el caso de cumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite" art. 223.1 LOPJ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite del recurso, la resolución deberá ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

Insiste en este criterio la STS 735/2006, de 4-7, "lo trascendente es que, quien entiende que su derecho al juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que puede ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no sólo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que, además, regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que deben ser planteadas y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales".

Por ello el art. 233 LOPJ dispone expresamente que se inadmitirán las recusaciones cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del Juez o Magistrado a recusar si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél, precepto que complementa el art. 56 LECr., redacción dada por la Disposición Fiscal 12-2º Ley 1/2000, de 7-1, que igualmente previene que la recusación deberá proponerse tan luego se tenga conocimiento en la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite (STS 132/2007, de 16-2).

Precisamente para evitar los demolidores efectos de diversa índole que provoca la anulación de un juicio y su reiteración -es obvio que ya nunca en las condiciones originales -el legislador condiciona la viabilidad a



que su formulación sea temporánea. Esto por la razonable inferencia de que, quien, sabiendo de una causa de abstención o recusación no denuncia, una de dos, o se le da importancia o asume reflexivamente sus consecuencias. Y también porque el curso de la administración de justicia no puede quedar al capricho o al eventual cálculo de los implicados, ni a merced de sus intereses. A ello se debe que el art. 56 LECr..., prescribía la inadmisión a trámite de la recusación que no se hubiera planteado cuando se tuvo conocimiento de la posible causa. Y en el mismo sentido se pronuncia el art. 223 LOPJ (STS 29-11-2003).

Y en igual sentido las SSTS. 751/2012 de 28.1, 648/2009 de 25.6, 319/2009 de 23.3, insisten en que la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a flexibilizar al máximo las exigencias formales en orden a la viabilidad de la recusación no planteada en los términos exigidos por la LOPJ, llegando a admitir, en el ámbito del procedimiento abreviado - art. 786.2 LECrim- una suerte de recusación vestibular, suscitada con anterioridad al inicio de las sesiones del juicio oral. Sin embargo, la excepcionalidad del supuesto contemplado en la STS 1372/2005, 23 de noviembre, además de no excluir la aplicación de la doctrina general que la propia resolución recuerda, no concurre en el presente caso, en el que la primera alegación sobre la falta de imparcialidad del órgano decisorio se plantea en sede casacional. En orden a la garantía de la imparcialidad, la Ley prevé los mecanismos de la abstención, que se refiere a la actuación que debe desarrollar el Juez que entienda que concurre alguna causa de las previstas expresamente en el texto legal, y de la recusación, que atribuye la iniciativa a la parte que considere que tales circunstancias concurren de forma que impiden la imparcialidad del Tribunal. En el caso actual, el recurrente no ha acudido al mecanismo de la recusación para plantear esta cuestión en la instancia, cuando tuvo conocimiento de la situación de la que ahora se queja, sin que nada se lo impidiera. Por lo tanto, la primera cuestión a resolver es si es posible plantear la cuestión relativa a la imparcialidad del Juez en el recurso, en este caso en casación, cuando pudo ser planteada con anterioridad y sin embargo no lo fue.

La jurisdicción del Tribunal Supremo en el recurso de casación es esencialmente revisora, lo que implica que las cuestiones que ante él se planteen han debido ser cuestionadas y resueltas previamente en la instancia. Es cierto que la doctrina de esta Sala acerca de las llamadas cuestiones nuevas admite algunas excepciones y que éstas se refieren en muchos casos a las vulneraciones de derechos fundamentales, precisamente en atención a la naturaleza del derecho que debe ser protegido. Pero esa doctrina no ignora que en algunos casos se trata de derechos de configuración legal, en la cual se pueden establecer los requisitos que deben ser cumplidos y el momento adecuado para su ejercicio. Tales aspectos deben ser observados, salvo que sean de tal naturaleza que afecten a la propia esencia del derecho para restringirla indebidamente (artículo 53.1 CE), en cuyo caso podría ser pertinente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, bien por esta Sala o por el propio Tribunal Constitucional, en su caso (Artículo 55.2 de la LOTC).

En nuestro derecho interno, el artículo 223.1 de la LOPJ dispone que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues en otro caso no se admitirá a trámite. De manera que será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado. Esta es la línea seguida, entre otras, en la STS núm. 1288/2002, de 9 de julio, que cita abundante jurisprudencia y en la STS núm. 1431/2003, de 1 de noviembre.

Las citadas normas contienen una configuración legal del derecho al Juez imparcial referida expresa y detalladamente al modo y momento de su ejercicio que condicionan la estimación de la queja a su cumplimiento previo. La Ley orgánica establece cual es el momento adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial, y también la sanción para el caso de no hacerlo así, consistente en el rechazo liminar de la pretensión. La posibilidad de plantear la cuestión en casación sin su cumplimiento previo supondría negar validez a tales previsiones normativas.

Por lo tanto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser negativa de conformidad con lo que antes se ha dicho. La Ley, con rango de Ley orgánica, configura el ejercicio de este derecho estableciendo el mecanismo de la recusación al alcance de la parte que se considere agraviada por la intervención de un Juez que no considere imparcial, e impone que la cuestión se plantee tan pronto se tenga conocimiento de la causa en que se funde. La exigencia es radical, habida cuenta que la sanción para caso de incumplimiento es el rechazo liminar de la pretensión ("no se admitirá a trámite", artículo 223.1 LOPJ). Por lo tanto, incluso ante un planteamiento realizado en trámite de recurso, la resolución debería ser la inadmisión del motivo, al tratarse de un planteamiento tardío.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC 140/2004, de 13 de septiembre, señaló que "...hemos afirmado también que no puede alegarse en amparo la vulneración del derecho al Juez imparcial sin haber planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma tal que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no recusó. De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el art. 44.1 c) LOTC, es que la invocación en el proceso

judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es "presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial" (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, F. 2; y 210/2001, de 29 de octubre, F. 3)".

Y más adelante, precisó que "nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de declarar que, sin perjuicio de su trascendencia en el proceso constitucional de amparo, la omisión de la recusación no puede ser suplida con posteriores recursos contra la resolución de fondo basados en la alegación posterior a ésta de la concurrencia de una supuesta causa de recusación en alguno de los Magistrados que la han dictado. Según declaramos en el ATC 112/1991, de 12 de abril, "no cabe olvidar que las garantías establecidas en el art. 24 CE son aplicables a todas las partes en el proceso y que, de admitirse ahora la infracción denunciada -la del derecho al Juez imparcial formulada por quien tuvo ocasión de recusar-, resultarían lesionados los derechos de la otra parte que, una vez obtenida resolución favorable a sus intereses, se vería privada de la misma por una causa que pudo en su caso ser corregida durante la tramitación del proceso y que no fue alegada hasta conocerse el resultado del mismo".

(...) En cualquier caso, las anteriores consideraciones no impiden que se exija el cumplimiento de la previsión legal que exige que la causa de recusación se alegue tan pronto se tenga conocimiento de su existencia, dentro de los márgenes a que se refiere el citado artículo 223 de la LOPJ.

Sin embargo, en materia relativa a la protección de los derechos fundamentales, no es posible condicionar su eficacia a criterios formalistas. Es cierto que la LOPJ exige el planteamiento tan pronto se conozca la causa de recusación. Pero ha de entenderse que lo relevante es que la cuestión pueda ser resuelta en la instancia tan pronto como sea posible por el órgano jurisdiccional que pueda poner remedio a la vulneración denunciada, pues no tendría sentido aceptar como criterio válido de actuación la adopción del silencio sobre el particular para pretender la anulación de todo lo actuado al final del proceso, es decir, al interponer el último recurso procedente. Tal forma de proceder afectaría a las exigencias de la buena fe procesal, (artículos 11.1 y 11.2 de la LOPJ).

Por lo tanto, lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales.

Esta idea también encuentra adecuado reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, los AATC 276/2002, 19 de diciembre y 112/1991, 12 de abril, se refieren a la reiterada doctrina relativa al derecho de recusar como institución de salvaguardia del derecho al Juez imparcial, recordando que no cabe apreciar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), porque el recurrente (...) tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar (pues tuvo oportuno conocimiento de la composición de la Sala que celebró el juicio oral) y no recusó al Magistrado ponente, al que, una vez recaída sentencia desfavorable a sus pretensiones, acusa de falta de imparcialidad objetiva en el recurso de casación por haber formado parte de la Sala que confirmó el auto de procesamiento, falta de diligencia en el ejercicio de la facultad de recusar que priva de contenido a la extemporánea queja del recurrente, pues el ejercicio diligente de la recusación es presupuesto procesal para el posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial.

Es cierto que también existen precedentes en sentido contrario en nuestra jurisprudencia. Las SSTS 1372/2005, de 23 de noviembre; 705/2012, de 27 de septiembre, ó 380/2016, de 4 de mayo, son muestra de ello y la más reciente 296/2017, de 26 de abril, han abierto también márgenes de indulgencia y relajación en este punto en aras del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero no puede extraerse de estos precedentes la idea de que en este ámbito la doctrina de la *cuestión nueva* queda abolida.

El art. 851.6ª LECrim disciplina un cauce casacional específico para combatir las resoluciones dictadas por un Tribunal en que alguno de sus componentes estuviese afectado por una causa de recusación. Expresamente exige que esa recusación se haya intentado "en tiempo y forma". Según el art. 223.1 LOPJ que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. En otro caso, no se admitirá a trámite. Concreta un plazo de diez días como término máximo desde el momento en que se conozca



la identidad del juez o magistrado que pudiera estar afectado, si ya se conocía la causa de recusación. Será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado (SSTS 1288/2002, de 9 de julio o 1431/2003, de 1 de noviembre). La falta de imparcialidad objetiva por la adopción de previas decisiones que puedan ensombrecer no ya la capacidad de resolver sin prejuicios sino incluso la apariencia de imparcialidad ha de ser tratada como una causa de recusación reconducibles al art. 219.11ª LOPJ. En su caso sería también aceptable con ciertos condicionantes como alegación introducida como cuestión previa al inicio del acto del juicio oral. Pero en principio no es factible quejarse por ello en casación cuando no se adujo en la instancia (vid. STS 603/2017, de 5 de septiembre)

La relevancia que otorga la ley a la interposición tempestiva del incidente de recusación no es un simple tributo al buen orden procesal o a la agilidad. Detrás se detectan razones de mayor calado: salir al paso de estrategias procesales teñidas de fraude como el reservarse esa posible "baza" para enarbolarla solo en el caso de que el resultado de la sentencia no sea conforme con los propios intereses. De esa forma se obtendría siempre una doble posibilidad de que prosperen las propias pretensiones. Si la primera sentencia dictada no se acomoda a esos intereses se conseguirá su anulación arguyendo falta de imparcialidad, y se logrará otro enjuiciamiento ante un órgano distinto.

La ausencia de esa recusación en tiempo, de otra parte, se erige también en un argumento vinculable al fondo. Se ha hablado antes del sano casuismo que rige en este campo de la imparcialidad objetiva. Pues bien, precisamente el hecho de que las partes no exteriorizaran en su momento ningún recelo frente al Tribunal por haber conocido de los previos recursos, y por tanto hayan prescindido del instituto de la recusación es muestra de que no se había perdido tampoco esa apariencia de imparcialidad, al menos a sus ojos.

Pese a este óbice procesal insalvable diremos algo también sobre el fondo del tema.

Para ello habrá que partir de que los Magistrados que según el recurrente debieron abstenerse no fue porque conocieran o intervinieran en este mismo procedimiento resolviendo resoluciones interlocutorias, sino porque intervinieron en una causa anterior en la que se condenó al recurrente, causa en la que se cometió el presunto delito de estafa procesal por el que es juzgado en el presente procedimiento.

Pues bien, retomando la doctrina expuesta en el motivo primero, no se aprecia identidad de objeto entre ambos procedimientos. En el primero se resolvió sobre el pago de 900 euros por el querellado, en su condición del Alcalde, a un amigo suyo, con cargo a los fondos del Ayuntamiento, pago que no respondía a obligación alguna, lo que dio lugar a su condena por los delitos de prevaricación y malversación. En el presente se decide sobre la aportación de un expediente inexistente al proceso penal anterior, sobre el que en el fallo de éste, por razones obvias, nada se resolvió, por si tal hecho puede ser constitutivo de un delito de estafa procesal.

Consecuentemente son hechos distintos los juzgados en uno y otro proceso, no concurriendo causa de abstención ni, por ende, de recusación.

DÉCIMO.- De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse al recurrente las costas derivadas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Salvador** , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada con fecha 29 de diciembre de 2017.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese dicha resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Francisco Monterde Ferrer Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco Carmen Lamela Diaz