

Roj: STS 4622/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4622  
Id Cendoj: 28079120012016100799  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 86/2016  
Nº de Resolución: 795/2016  
Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO  
Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

**SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 795/2016

**Fecha Sentencia :** 25/10/2016

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

**Segunda Sentencia**

**RECURSO CASACION Nº :** 86/2016

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial

**Señalamiento:** 05/10/2016

**Procedencia:** Tribunal Superior de Justicia de Cataluña **Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río **Escrito por :** AMG

**Cohedo, Prevaricación. Intervenciones telefónicas acordadas en otro proceso. El acuerdo del Pleno de 26.5.2009, no resulta aplicable. No hubo indefensión. La vulneración de una norma procesal no equivale a la indefensión constitucional. Los recurrentes no concretan qué con ciertas intervenciones deben ser declaradas nulas y qué conversaciones o pruebas han sido valoradas por la Sala, no obstante derivar de aquellas.**

**Vulneración del principio non bis idem. Auto de inadmisión de querella no produce efecto de cosa juzgada. No equivale a sobreseimiento libre. Reapertura de las diligencias. Presupuestos. Error prohibición en el delito de prohibición. El conocimiento de la injusticia de la resolución administrativa o su carácter arbitrario no es error de prohibición, sino de subsunción, al afectar a un elemento normativo del tipo.**

**Presunción de inocencia en casación. Alcance. Doctrina de la Sala. Valoración de las declaraciones sumariales con prevalencia a las prestadas en el plenario. El tribunal razona suficientemente porque se inclina por las primeras.**

**En cuanto al delito de prevaricación no hay prueba de que el alcalde ejerciera presión sobre los técnicos municipales, secretario e interventor, para que informaran favorablemente.**

**Prevaricación administrativa. Distinción con las ilegalidades administrativas. Omisión tramites de procedimiento deben ser esenciales y evitar los controles adecuados para asegurar que la decisión se ajuste a lo que la Ley establece para la actuación administrativa. La previa solicitud de la rebaja de la cuota tributaria, debe entenderse cumplida con el recurso interpuesto contra la liquidación.**

**Absolución.**

**Delito cohecho. Bien jurídico protegido. Clases. Requisitos cohecho pasivo impropio. Solicitar, recibir y aceptar. Medios comisivos consumación.**

**Cuhecho activo art. 423.1. Requisitos.**

Investigación prospectiva. Doctrina jurisprudencial. No es aplicable el caso, que se inició por testimonio de otras diligencias por delitos concretos y determinados.

Derecho intimidad y autodeterminación informativas o hablas data. Doctrina Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, TEDH y disposiciones. Derecho comunitario. Resoluciones Parlamento Europeo. Sentencias Tribunal Justicia Unión Europea.

Responsabilidad civil subsidiaria, está condenando a la del responsable criminal o responsable civil directo, la absolución de éste determina la de aquel.

Nº: 86/2016

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

**Vista: 05/10/2016**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 795/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Manuel Marchena Gómez**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

**D. Carlos Granados Pérez**

En nombre del Rey

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

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil dieciséis.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 86/2016 interpuesto por **Juan Miguel , Alberto , Arcadio y DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY S.L. (R.C.S)** representados por los Procuradores Sres. Calleja García, Sainz de Baranda Riva y Aragón Segura, bajo la dirección letrada de los Sres. González Peeters, y Estevez Sánchez de Rojas contra Sentencia nº 25 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha cinco de noviembre de 2015 y recaído en la causa PA 1/2014 (Causa Penal nº 2/2013; DP nº 1/2013), seguida por delitos de cohecho y prevaricación. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

**I. ANTECEDENTES**

**1.-** El Juzgado Central de Instrucción núm. Seis de Madrid incoó Diligencias Previas nº 26/12, contra Juan Miguel , Alberto , Arcadio , Everardo , Visitacion y Development Diagnostic Company Sociedad Limitada. Una vez concluso lo remitió al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que con fecha cinco de noviembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<1. - En el año 2006 la mercantil ZULUETA, SL, era titular de una finca situada en la AVENIDA000 de Lloret de Mar, conocido como " DIRECCION000 " por mantener todavía la edificación que había sido plaza de festejos taurinos turísticos y que estaba en desuso.

La finca, conforme al Plan general de ordenación de Lloret de Mar, aprobado en 15 de mayo de 1985, había sido calificada como equipamientos deportivos y la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona en sesión de 9 de febrero de 2006, la había integrado en el Plan Especial de equipamientos deportivos.

Por otra parte, el Plan de Ordenación Urbanístico Municipal, aprobado por el Pleno del Ayuntamiento de Lloret de Mar en 21 de noviembre de 2005, establecía para esa finca que en ese sector se podrían implantar usos comerciales complementarios al equipamiento deportivo.

Como sea que el Ayuntamiento de Lloret carecía de recursos suficientes para urbanizar aquella zona y finca de DIRECCION000 , que ocupaba unos siete mil metros cuadrados, en 29 de mayo de 2006, el acusado Juan Miguel , mayor de edad y sin antecedentes penales, en su calidad de alcalde y representando al Ayuntamiento de Lloret de Mar, suscribió convenio con la mercantil Zulueta SL.

El convenio tenía como objeto el desarrollo urbanístico de la finca y se previó la contraprestación de una finca propiedad del Ayuntamiento, sita en el sector conocido como "El Rieral". En él se determinó qué actuaciones urbanísticas previas debía realizar la mercantil que suscribía o aquella que se subrogase, que la construcción de la edificación iba a su cargo y que partes de la edificación se destinarían a equipamiento público y se transmitirían al Ayuntamiento.

También se estableció que en el plazo de dos meses desde la aprobación de los proyectos a propuesta de la propiedad se otorgaría escritura de declaración de obra nueva en construcción y división de propiedad horizontal de los espacios que se construirían conforme al plan especial. En el mismo acto la promotora entregaba al ayuntamiento las unidades comprometidas conforme al mismo convenio y debía recibir del ayuntamiento el solar que se entregaba en compensación. Asimismo la promotora debía aportar en aquel acto un aval bancario por importe de 1.900.0,- euros paragarantizar sus obligaciones, aval que se retornaría cuando se recibiera los equipamientos y aparcamiento públicos.

Se acordó igualmente que si en el plazo de tres años no se otorgaba declaración de obra nueva en construcción por causas imputables a la promotora, el Ayuntamiento podría adquirir la finca por un importe determinado.

2.- La mercantil Zulueta SL vendió la finca " DIRECCION000 " a Development Diagnostic Company SL (DDC), otorgando escritura pública en 29 de mayo de 2007, siendo el representante de esta última el acusado Arcadio , ciudadano ruso, mayor de edad y del que no constan antecedentes penales. La subrogación fue aceptada por la Junta de Gobierno Local de Lloret de Mar en acuerdo de 3-8-07.

En fecha no determinada durante los meses de agosto o septiembre de 2007, posterior a la adquisición por parte de DDC de la finca de " DIRECCION000 " perteneciente a Zulueta SL y por ello subrogada en el convenio suscrito con el Ayuntamiento de Lloret de Mar, el acusado Arcadio , otro socio de la empresa, Arsenio y la también acusada, su arquitecta Visitacion , acudieron al Ayuntamiento de Lloret y tuvieron una entrevista con el alcalde Juan Miguel .

En el curso de esta entrevista o alguna posterior de días después Arcadio y el alcalde Juan Miguel convinieron, con la conformidad del acusado Alberto , entonces concejal del área de Urbanismo i Obras del Ayuntamiento, que DDC colaboraría como patrocinador con los clubes de Hockey y Fútbol de la localidad durante cuatro temporadas, con los que estaba estrechamente ligados Juan Miguel y Alberto , aportando cantidades relevantes, y que ello comportaría facilidades para la construcción del complejo " DIRECCION000 ".

En las fechas indicadas el presidente del Club de Hockey, que tenía un equipo jugando en la primera división española, era el acusado Everardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo la vicepresidenta la Sra. Cristina , esposa del acusado Juan Miguel , que había sido presidente antes de ocupar la alcaldía.

Asimismo el presidente del club de fútbol, inscrito en la tercera división de la liga española, era el acusado Alberto .

Ambas sociedades eran entidades privadas, sin ánimo de lucro, y se sustentaban económicamente con las cuotas de los socios, con patrocinios privados y subvenciones públicas, así como pequeñas partidas derivadas de los beneficios del bar que estaba en las instalaciones.

Arcadio , en cumplimiento de su acuerdo con el Alcalde, decidió patrocinar ambos clubes: con la cantidad de 90.000 euros por temporada para ambas sociedades, siendo dos terceras partes para el club de hockey -60.000- y una tercera -30.000- para el de fútbol.

La entrega se realizaba en la oficina de DDC, que libraba un cheque por importe de 30.000,- euros en cada uno de los tres trimestres que duraban las temporadas deportivas. Al lugar acudía el acusado Everardo, quién daba recibo del cheque recibido y entregaba el efecto al tesorero del club, quién ingresaba el cheque en la cuenta del club de hockey y extraía 10.000,- euros que entregaba al club de fútbol.

En ambos casos las cantidades se ingresaban en el peculio del respectivo club, se apuntaban en sus cuentas y se utilizaba para los gastos propios de los mismos.

El equipo de hockey estaba inscrito en la primera división de ese deporte y algunos de sus jugadores, los más veteranos y expertos, recibían compensaciones económicas de alrededor de mil euros mensuales. Sin embargo, los dos hijos de Everardo y un hijo de Juan Miguel, que eran igualmente jugadores de alguno de los equipos que conformaban el club, no consta que percibieran sino pequeñas cantidades, entre cien y doscientos euros mensuales en compensación de sus gastos de viajes.

La sociedad DDC, desde que inició su patrocinio, contó con la inscripción de su nombre en las camisetas del equipo de primera división, habiendo igualmente carteles en el campo que la identificaban como patrocinadora.

Iguales circunstancias se daban en el club de fútbol, que tenía un equipo inscrito en la tercera división.

El último pago realizado por DDC se realizó en julio de 2010, habiendo entregado como total de su patrocinio a ambos clubes 270.000,- euros.

3.- DDC, sociedad constituida en el año 2004, en la fecha de adquisición de la finca tenía contratada desde hacía varios años a la también acusada Visitación, mayor de edad y sin antecedentes penales. Ésta era arquitecta, actuando profesionalmente también con la sociedad limitada profesional Gimeno Arquitecte i Associant SLP, e igualmente con Finques Gimeno SCP.

En cumplimiento de las exigencias del convenio antes reseñado (hecho probado 1), DDC, bajo la dirección técnica de la Sra. Visitación presentó el Plan Especial Urbanístico de Residencia Deportiva, aprobado inicialmente por la JGL en 9-5-08, condicionado al cumplimiento de ciertas condiciones. Los diversos trámites y rectificaciones de los planes no fueron óbice para que el 11 de julio de 2008 se solicitara licencia de construcción, que se otorgó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local en 16 de enero de 2009, iniciándose las obras en 22 de enero de 2009, sin que se cumplieran alguna de las condiciones impuestas en el acuerdo, en particular la condición siete y ocho, cuyo tenor era:

7.- Al cumplimiento del pacto tercero del Convenio Urbanístico Plaga dels Braus, firmado en Lloret de Mar el 29 de mayo de 2006, con la presentación del proyecto de urbanización i el resto de los pactos relativos a la ejecución i construcción y sus plazos, así como los pactos cuarto y quinto del mismo.

8.- A la formalización de la cesión de toda la superficie de titularidad pública.

La aprobación definitiva del Proyecto de Urbanización del Plan Especial de Residencia Deportiva, no fue acordada por la Junta de Gobierno Local de Lloret hasta 28 de enero de 2011, tras sometimiento de su inicial acuerdo de 13-12-2010 a información pública e informe favorable del Ingeniero Municipal.

En 11 de enero de 2011, el Concejal de Urbanismo de Lloret requirió a DDC para que otorgara escritura de obra nueva y división de propiedad horizontal en cumplimiento de pacto cuarto del Convenio suscrito, y que lo hiciese antes de 13 de febrero.

En 14 de abril de 2011 por el Alcalde de Lloret de Mar, el acusado Juan Miguel y la arquitecta directora de la obra la también acusada Visitación, suscribieron acta de recepción de la obra, haciendo constar qué trabajos hay pendientes y el tiempo en el que se debe realizar.

La escritura de declaración de obra nueva y división horizontal se realizó en 4-4-2011. En 24 de abril de 2011 DDC cedió al Ayuntamiento de Lloret diversas entidades (zona aparcamiento, espacio exterior uso público, derecho de vuelo), seguidamente se solicitó la inscripción registral por el Ayuntamiento.

La Junta de Gobierno Local acordó realizar la permuta de la finca propia, sector El Rieral, en 27 de diciembre de 2011, otorgándose la escritura pública con DDC en 26 de enero de 2012.

4.- En el mes de febrero de 2008, el acusado Arcadio, con la finalidad de tratar bien al alcalde del municipio en que se instalaba para realizar obras y conseguir que se lo facilitase, invitó a viajar a Rusia durante un fin de semana, de 15 a 17 de febrero, al acusado Juan Miguel, a su esposa y a su hijo. Asimismo, la invitación se hizo extensiva a su empleada la acusada Visitación, a su esposo y a su hijo.



Arcadio contrató con la agencia de viajes IAG7 la adquisición de todos los billetes, pidiendo que en la factura constase a nombre de DDC y los pagó en efectivo. El importe de los billetes correspondientes a la familia de Juan Miguel ascendió a 3.235 euros. Durante la estancia en Rusia fueron invitados a alojarse en un hotel y a las comidas y cenas de esos días.

*Todo ello ascendió aproximadamente a 5000 euros.*

*El acusado Juan Miguel no informó a los miembros de la corporación municipal de su viaje, ni de las entrevistas que había tenido y su finalidad.*

5.- Al recibirse en DDC la liquidación tributaria por el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras -ICIO- correspondiente a la licencia de construcción otorgada condicionalmente por acuerdo de la Junta de Gobierno Local en 16 de enero de 2009, en escrito de 2 de marzo de 2009 presentado por la acusada Visitación, solicitó del Ayuntamiento de Lloret de Mar una reducción de la cuota tributaria del impuesto en proporción estimada en correspondencia al porcentaje de edificación que, según el Convenio, debía revertir al Ayuntamiento de Lloret.

*Como los técnicos municipales le hiciesen ver al acusado Juan Miguel que la solicitud de rebaja solicitada no era posible, dados los términos del Convenio urbanístico rector de la obra emprendida, decidido como estaba a beneficiar a DDC, y a su través al también acusado Arcadio, dispuso todo lo necesario para que los informes de esos mismos técnicos se centrasen en una propuesta de bonificación sobre la cuota del impuesto como si las obras licenciadas fuesen de especial interés y utilidad municipal a bonificar al amparo de la Ordenanza fiscal nº 6 del Ayuntamiento de Lloret de Mar, reguladora del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, no obstante haber sido advertido de que las obras licenciadas no tenían cobertura en la indicada Ordenanza y de que con ello se crearía un mal precedente.*

*Que siguiendo las instrucciones del Alcalde, el acusado Juan Miguel, tanto el informe del Interventor municipal como el de la unidad de inspección de tributos del Ayuntamiento de Lloret de Mar, aunque advertían de que las obras no estaban comprendidas en ninguno de los supuestos previstos en la Ordenanza fiscal para acogerse a bonificaciones sobre la cuota del impuesto, no obstante ello resultaron favorables a tal bonificación, siempre que las obras fuesen declaradas por el Pleno de la Corporación como de especial interés y utilidad municipal, en los términos previstos en el artículo 103.2 a/ del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales.*

*A los fines de su aprobación por el Pleno de la Corporación municipal, siguiendo las indicaciones del Alcalde Juan Miguel y el sentido de los informes por él procurados, el concejal Sr. Primitivo, que hacía las funciones de Alcalde en ausencia del acusado Juan Miguel, indispuerto por razones de salud, llevó al Pleno convocado para el día 3 de abril de 2009 una propuesta de bonificación del 50% de la cuota tributaria del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, siendo aprobado por la mayoría de sus miembros, después de que el concejal de urbanismo, el acusado Alberto, hubiere defendido la iniciativa, siendo como era perfecto conocedor de que ni la obra presentaba características que merecieran tal catalogación ni la Ordenanza fiscal aplicable admitía ningún tipo de bonificación sobre ellas, y sí por contra que la iniciativa y la bonificación defendida obedecía al interés, común con el Alcalde, de beneficiar a DDC, y a su través al también acusado Arcadio. A este pleno no asistió el Alcalde Juan Miguel, pues persistían los inconvenientes de salud que se lo impedieron.*

*La aprobación por el Pleno de la Corporación municipal de la propuesta de bonificación en la fecha indicada, se siguió de un acuerdo de anulación de la liquidación anterior, y de práctica de una nueva, reduciendo la inicialmente practicada en 133.754,23 euros, que dejó efectivamente de percibir el Excmo. Ayuntamiento de Lloret de Mar.*

6.- La empresa Development Diagnostic Company SL (DDC) adquirió de persona privada, en 1 de octubre de 2008, el edificio sito en CALLE000, nº NUM000. Dicha finca, en el Plan de Ordenación Urbanística Municipal (POUM) de Lloret de Mar aprobado anteriormente tanto por la Corporación como por la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona, estaba incluida entre los "polígonos de Actuación

*Urbanística". En contrato de compraventa se hizo constar, además de los datos propios de las personas e inmueble que se transmitía, que DDC conocía las condiciones de edificabilidad, indicando asimismo que el edificio iba a ser derribado.*

*Tras diversos trámites administrativos sobre el proyecto de mejora urbana y de urbanización del solar aludido, por el Ayuntamiento de Lloret de Mar, y en su nombre su alcalde el acusado Sr. Juan Miguel y por la empresa DDC, actuando en su representación el acusado Arcadio, suscribieron en 3 de diciembre de 2010*

convenio por el que la empresa realizaba obra que permitía el ensanche de la calle de ubicación, edificación de aparcamiento de vehículos, de los cuales unos serían de titularidad pública y otros privada.

Previo al Convenio reseñado DDC había obtenido licencia de obras para el derribo del hotel y otorgado al Ayuntamiento aval por importe de 24.893,28 garantía fijada por el Ayuntamiento para tal actuación.

El aludido convenio fue definitivamente aprobado por acuerdo municipal de 4-4-2011, solicitando DDC en 18-7-2011 licencia de obras para realizar el proyecto, que fue concedida por la Junta de Gobierno (JGL) en 24-10-2011, sujeta al cumplimiento de diversas condiciones. En 16 de noviembre de 2011, DDC se dirigió al Ayuntamiento de Lloret aportando cierta documentación y pidiendo aclaración sobre la parte de fianza que correspondía a la retirada de tierras, que debía deducirse de la total.

El acusado Valls ejerció como Concejal de Urbanismo hasta 11 de junio de 2011, no siéndolo al tiempo de solicitud de la licencia de construcción concejal responsable de ese área. El acusado Juan Miguel finalizó su mandato como alcalde de Lloret en 10 de junio de 2011.

La edificación se inició sin haber prestado DDC el aval correspondiente. En obras coetáneas no consta que se exigieran los avales correspondientes, disfunción de los servicios municipales que se trató de corregir (f.1303).

7.- Arcadio , en 10 de septiembre de 2010, con ocasión del cumpleaños del también acusado Juan Miguel y en atención a su condición de alcalde, le regaló un reloj de marca Zenith E. Silver Ultra, modelo 03201068101C493 (Ind 114584 ref.000080288), cuyo valor de adquisición fue 2.200.- euros, regalo que este aceptó>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- La SALA CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA ha decidido:

1.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Juan Miguel , como autor criminalmente responsable de un delito continuado de cohecho, del art. 421 del CP , a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal, así como a la multa de 450.000 euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada mil euros que dejare de abonar, con el límite del art. 53.2 CP , con decomiso del reloj recibido, o su importe, así como el importe del viaje realizado por la familia Juan Miguel a Rusia en febrero de 2008 -3.235 euros-.

Debemos igualmente condenar y condenamos al acusado Juan Miguel como inductor penal y civilmente responsable de un delito de prevaricación del art. 404 del CP , a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal, y a que indemnice, conjunta y solidariamente con los acusados Alberto y Arcadio , al Excmo. Ayuntamiento de Lloret de Mar en la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON VEINTITRÉS (133.754,23) EUROS, más el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

Le condenamos igualmente al pago de dos novenas (2/9) partes de las costas del proceso.

2.- Debemos condenar y condenamos a Alberto , como autor de un delito de cohecho, ya definido, a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal y a la multa de 300.000,- euros, con una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada mil euros que dejare de abonar.

Debemos igualmente condenar y condenamos al acusado Alberto como autor penal y civilmente responsable de un delito de prevaricación del art. 404 del CP , a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal, y a que indemnice, conjunta y solidariamente con los acusados Juan Miguel y Arcadio , al Excmo. Ayuntamiento de Lloret de Mar en la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON VEINTITRÉS (133.754,23) EUROS, más el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

Le condenamos a este acusado también al pago de dos novenas (2/9) partes de las costas del proceso.

3.- Debemos condenar y condenamos al acusado Arcadio , como autor de un delito continuado de cohecho activo, ya definido, a la pena de 450.000,- euros de multa, con una responsabilidad personal

subsidiaria de un día de privación de libertad por cada mil euros que dejare de abonar, con el límite del art.53.2 CP.

Debemos igualmente condenar y condenamos al acusado Arcadio como cooperador necesario penal y civilmente responsable de un delito de prevaricación del art. 404 del CP, a la pena de SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público de responsabilidad y gestión municipal, y a que indemnice, conjunta y solidariamente con los acusados Juan Miguel y Alberto, al Excmo. Ayuntamiento de Lloret de Mar en la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON VEINTITRÉS (133.754,23) EUROS, más el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

Le condenamos igualmente a este acusado al pago de dos novenas (2/9) partes de las costas del proceso.

4. - Debemos absolver y absolvemos al acusado D. Everardo, del delito continuado de cohecho del que era acusado, declarando de oficio una novena (1/9) parte de las costas procesales.

5. - Debemos absolver y absolvemos a la acusada Da Visitacion, del delito continuado de cohecho pasivo del que era acusada, así como la absolvemos del delito continuado de prevaricación del que era igualmente acusada, declarando de oficio las dos novenas partes (2/9) de las costas procesales.

6. - Debemos condenar y condenamos a la MERCANTIL DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY, S.L. a que, subsidiariamente respecto de los responsables directos aquí condenados, indemnice al Excmo. Ayuntamiento de Lloret de Mar en la cantidad de CIENTO TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON VEINTITRÉS (133.754,23) EUROS, más el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia>>.

3.- Emitió **Voto particular** el Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero que ha redactado la sentencia como ponente, y conforme al parecer del Tribunal, unánime en todos los hechos y fundamentos jurídicos, a salvo de los hechos que integran el punto 5 de los hechos probados y los correspondientes en la apreciación de la prueba y calificación jurídica, redactados conforme al parecer mayoritario que, sin embargo no comparto, especialmente en la calificación jurídica, lo que expongo a continuación

4.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por los recurrentes que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Juan Miguel y Alberto.

**Motivo primero**.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ ( **Secreto de las comunicaciones** ). **Motivo segundo**.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ (**tutela judicial efectiva**). **Motivo tercero**.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ (**tutela judicial efectiva**). **Motivo cuarto**.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim en relación con el art. 5.4 LOPJ (**presunción de inocencia**). **Motivo quinto**.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 404 CP. **Motivo sexto**.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación arts. 421 y 423 CP. Motivos aducidos en nombre de Arcadio. **Motivo primero**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ, por vulneración art. 24 CE (presunción inocencia). **Motivo segundo**.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación art. 404 CP. **Motivo tercero**.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1, concretamente del art. 423 CP. **Motivo cuarto**.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y el art. 852 LECrim. **Motivo quinto**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim. **Motivo sexto**.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim. **Motivo séptimo**.- Renuncia a su formulación.

**Motivos aducidos en nombre de Development Diagnostic Company S.L.** **Motivo primero**.- Por infracción de precepto constitucional, por vulneración del principio de presunción de inocencia. **Motivo segundo**.- Por vulneración de precepto constitucional por infracción del principio acusatorio y de legalidad. **Motivo tercero**.- Por vulneración de precepto constitucional por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de presunción de inocencia. **Motivo cuarto**.- Por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 120.4 CP.



4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos de los recursos**; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para **Vista** se celebró la misma el día cinco de octubre de 2016. Con asistencia de los Letrados recurrentes Sr. González Peeter en defensa de Juan Miguel y Alberto; el Letrado Sr. Jacobo Tenelo en defensa de Arcadio; el Letrado Sr. Ollé Sesé en defensa de Development Diagnostic Company S.L. quienes mantuvieron sus recursos informando. El Ministerio Fiscal impugnó todos los recursos remitiéndose a su escrito de instrucción.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**RECURSO DE Juan Miguel Y Alberto PRIMERO:** El motivo primero se articula al amparo de lo dispuesto en el art. 852LECrim, con relación a lo establecido en el art. 5.4 LOPJ, al estimar conculcado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, a la tutela judicial efectiva y a un procedimiento con las debidas garantías, amén del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ex arts. 18.3 y 24 CE, todo lo cual ha causado manifiesta y proscrita indefensión a los recurrentes. Se aprecian asimismo infringidos los principios de seguridad jurídica y de legalidad, arts. 9.3 y 25 CE. Se solicita en el motivo la nulidad de todo el proceso, la casación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 5.11.2015, y el dictado por esta Sala de una nueva sentencia por la que se absuelva a los recurrentes.

Se dice en síntesis que al inicio del juicio oral, como cuestión previa, se instó la nulidad del proceso señalando que el presente procedimiento se incoó a raíz de la deducción de determinados testimonios de la causa seguida en el Juzgado Central de Instrucción nº 6, diligencias Previas 26/2012, que según el motivo, parten del resultado de diversas intervenciones telefónicas, cuyos autos autorizantes no constan en las actuaciones al no haberse aportado por el Ministerio Fiscal no habiendo, por ello, justificado la legitimidad de este medio de prueba, citando en su apoyo el acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 26.5.2009, y las SSTs. 428/2014 de 10.5, que transcribe- 1138/2010 de 16.2, 296/2013 de 12.4. El motivo se desestima.

1.- Esta Sala tiene declarado, SSTs. 246/2014 de 2.4, 499/2014 de 17.6, 689/2014 de 21.10, 171/2015 de 19.5, 426/2016 de 19.5, que la solución jurisprudencial a intervenciones telefónicas derivadas de las acordadas en otro proceso ha sido en algunos aspectos, divergentes por lo que se acometió la unificación de la doctrina jurisprudencial en el Pleno de 25-6-2009-.

En él se adoptó un acuerdo que, en buena medida, toma como inspiración la doctrina sentada en la STS 503/2008, 17 de julio, y proclama que: "En los procesos incoados a raíz de la deducción de testimonios de una causa principal, la simple alegación de que el acto jurisdiccional limitativo del derecho al secreto de las comunicaciones es nulo, porque no hay constancia legítima de las resoluciones antecedentes, no debe implicar sin más la nulidad".

En consecuencia, la simple alegación por cualquier recurrente de la falta de documentos referidos a la legitimidad de las escuchas telefónicas adoptadas en un proceso penal precedente, no obliga, de forma necesaria, al acogimiento de esa impugnación.

Signe expresando el referido acuerdo que "... en tales casos, cuando la validez de un medio probatorio dependa de la legitimidad de la obtención de fuentes de prueba en otro procedimiento, si el interesado impugna en la instancia la legitimidad de aquel medio de prueba, la parte que lo propuso deberá justificar de forma contradictoria la legitimidad cuestionada. Pero, si, conocido el origen de un medio de prueba propuesto en un procedimiento, no se promueve dicho debate, no podrá suscitarse en ulteriores instancias la cuestión de la falta de constancia en ese procedimiento de las circunstancias concurrentes en otro relativas al modo de obtención de las fuentes de aquella prueba".

La lectura íntegra del acuerdo de 26 de mayo de 2009 conlleva, según explica la Sentencia de 26 de junio que desarrolla el Acuerdo, lo siguiente:

a) que no existen nulidades presuntas; b) que la prueba de la legitimidad de los medios de prueba con los que pretenda avalarse la pretensión de condena, incumbe a la parte acusadora; c) pese a ello, la ley no ampara el silencio estratégico de la parte imputada, de suerte que si en la instancia no se promueve el debate sobre la legalidad de una determinada prueba, esa impugnación no podrá hacerse valer en ulteriores instancias. En la STS. 272/2011 de 12.4, se recuerda que: "Nos encontramos, por tanto, con un procedimiento diferente en el que todas las escuchas se han realizado mediante las oportunas resoluciones judiciales, constando que la primera noticia surge con ocasión de otra investigación, en la que las escuchas estaban amparadas por una resolución judicial y, como recuerda la STS nº 187/2009, no es procedente presumir



que las actuaciones judiciales y policiales son ilegítimas e irregulares y por ende vulneradoras de derechos fundamentales, mientras no conste lo contrario. "El presupuesto del razonamiento debe ser el opuesto al recurrente y, por tanto, debe partirse de que salvo prueba en contrario hay que suponer que los jueces, policías, autoridades y en general funcionarios públicos ha adecuado su actuación a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución. Sería absurdo presumir que como no constan las actuaciones iniciales obrantes en una causa distinta hay que entender que no hubo autorización judicial de la intervención o la misma fue inmotivada o injustificada. Como bien apunta el Fiscal, ni el derecho a la presunción de inocencia ni el principio procesal "in dubio pro reo" llega hasta el punto de tener que presumir por mandato constitucional que, salvo que se acredite lo contrario, las actuaciones de las autoridades son ilegítimas e ilícitas".

2.- Siendo así la impugnación no puede prosperar.

La sentencia recurrida analiza la cuestión planteada en el fundamento derecho primero, apartado IV, y la desestima con argumentos que deben ser asumidos. Así admite la posibilidad de que no consten y el Ministerio Fiscal no lo haya previsto, algunas de las resoluciones autorizantes de intervenciones telefónicas iniciadas o de prórroga, pero rechaza que tal omisión pueda producir la nulidad de todo lo actuado por cuanto "esta invocación no logra establecer el nexo de unión entre la conversación telefónica carente de resolución autorizante y el efecto general de nulidad" máxime cuando en el presente procedimiento aparecen reseñados diversos autos habilitantes de intervenciones telefónicas. Así autos Juzgado Blanes de 23.6.2011 (f. 2188 y ss.), de 16.8.2011 (f. 2199 y ss.) y de 22.9.2011 (f. 2211 y ss.) y auto Juzgado Central nº 6 de 19.4.201 (f. 2218), y los documentos obrantes a los folios 1 a 679 que constituyen la exposición razonada el Juzgado Central nº 6, y demás actuaciones concordantes son "en su inmensa mayoría anteriores a las fechas en las que se realizaron las intervenciones telefónicas y los autos que las autorizaban".

Razonamiento correcto por cuanto los recurrentes se limitan a denunciar la indefensión que les ocasiona aquella omisión, pero olvidan como constante jurisprudencia constitucional ha configurado inequívocamente la indefensión como aquella limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, es decir, se trata de una real y efectiva privación u omisión del órgano judicial. La idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica, de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida, tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

La tutela judicial exige que la totalidad de las fases del proceso se desarrollan sin mengua del derecho de defensa, y así la indefensión, para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo 2º del art. 24 CE ., se concibe como la negación de la expresada garantía ( SSTC. 26/93 de 25.1 y 316/94 de 28.11 ).

Resulta conveniente, por ello -como decíamos en nuestras sentencias de 1.3 , 23.5 y 21.7.2005 - analizar los rasgos de este concepto que la LOPJ. convierte en eje nuclear de su normativa. La noción de indefensión, junto con la de finalidad de los actos procesales que se menciona también en el art. 240.1, se convierte en elemento decisivo y trascendental, que obra singular relieve para su naturaleza y alcance constitucional. Es indudable que el concepto de indefensión comprendido en los arts. 238.3 y 240 LOPJ . ha de integrarse con el mandato del art. 24.1 CE . sobre la obligación de proporcionar la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, aunque ello no signifique en la doctrina constitucional que sean conceptos idénticos o coincidentes.

Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83 , 48/84 , 48/86 , 149/87 , 35/89 , 163/90 , 8/91 , 33/92 , 63/93 , 270/94 , 15/95 ).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88 , 181/94 y 316/94 ).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el art. 24 CE . Así la STS 31.5.94 , recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90 , 106/93 , 366/93 ), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción forma se produzca ese efecto materia de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88 , 290/93 ).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse practicado la prueba solicitada o evitado la infracción denunciada.

El carácter material y no meramente potencial o abstracto de la indefensión subyace además bajo los conceptos de pertinencia y necesidad de la prueba para sustentar la facultad del órgano judicial de denegar la suspensión del juicio por causa de la imposibilidad de practicar pruebas solicitadas en tiempo y forma.

3.- Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el art. 24.1 CE ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivoca o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88 , 101/89 , 50/91 , 64/92 , 91/94 , 280/94 , 11/95 ).

4.- Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación.

Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que, en pura correspondencia con la proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

5.- Pues bien los recurrentes no justifican qué concretas intervenciones telefónicas debieran ser declaradas nulas y qué conversaciones y pruebas han sido valoradas por la Sala de instancia, no obstante derivar de aquellas y estar afectadas por conexión de antijuricidad, sin olvidar que la propia sentencia, tras

admitir la posibilidad de que algún medio probatorio pueda ser rechazado si de modo directo o indirecto proceda de intervención realizada que carezca de respaldo judicial, "valoración de la prueba" para constatar que los distintos apartados del escrito de acusación que considera probados no lo son por conversaciones telefónicas o pruebas derivadas de éstas, así señala que "el acervo probatorio relativo a conversaciones telefónicas ha sido muy puntual y carente de eficacia probatoria en tanto que la acusación se relacionó así la conversación telefónica de 3.10.2011 que gozaba del amparo de los autos dictados por el Juez de Blanes (folios 2188, 2199 y 2211) y por otra parte se refiere a los hechos que se declaran atípicos con relación a las obras del Hotel Aurra.

El motivo por lo expuesto se desestima.

**SEGUNDO: El motivo segundo al amparo de lo establecido en el art. 852 LECrim , con relación al art. 5.4 LOPJ , en atención a que se aprecia ha tenido lugar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con las debidas garantías, habiéndose causado a los recurrentes manifiesta y proscrita indefensión ex art. 24 CE .**

Se afirma que el auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que inadmitió, con fecha de 10.5.2011 , la querella del Ministerio Fiscal por los mismos hechos que la presente, entró de lleno en el fondo de la cuestión, con examen detallado del todo, y en conclusión fue de rechazo absoluto de toda posible incardinación de los hechos de la querella en los tipos penales que se apuntaban, como eran el caso de prevaricación administrativa y cohecho, entre otros, por lo que debían incardinarse en el apartado 2 art. 637 LECrim , o alternatively, en el nº 1 del mismo precepto, sobreseimiento libre con efecto de cosa juzgada, dado que los hechos son los mismos por los que se ha acusado en el presente procedimiento, tras querella del Ministerio Fiscal de la que conoció el Juzgado de Instrucción nº 5 de Blanes, admitida por auto de 23.6.2011 , que se inhibió, tras escrito del Ministerio Fiscal de 6.2.2012, a favor de los Juzgados Centrales de Instrucción correspondiendo al nº 6, quien remitió exposición razonada y testimonio particulares de las D.P. 26/2012 a la Sala de lo Civil y Penal Tribunal Superior Justicia de Cataluña, que por auto de 26.2.2013, declaró su competencia e incoó las D.P. 1/2013 , origen del presente procedimiento, conculcándose así el principio non bis in ídem, con la consecuencia de la anulación de la sentencia de instancia y la absolución de los dos recurrentes.

1. El desarrollo argumental del motivo obliga a recordar -como decíamos en SSTs. 505/2006 de 10.5 , y 730/2012 de 26.9 - que la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquella 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 ídem", 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.

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.

El Tribunal Constitucional en sentencia 221/97 de 4.12 , aborda el problema con una premisa de partida clara e incontestable: "si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habrá de reputarse contraria al art. 25.1 C.E ., sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal.

Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas es un resultado constitucionalmente proscrito, y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal".

Y en STC. 91/2008 de 21.7 , ha reiterado que el principio non bis in ídem 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 . *Laprocesal o formal* proscrib, en un sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad del 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 gravedad 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. Igualmente, se ha destacado que el TC tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hechos, y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in ídem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE , o para analizarla directamente, pero siempre dentro del respeto a los límites de la jurisdicción de amparo ,de modo tal que se han de comparar 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, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b LOTC , en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales el TC no entrará a conocer "de los hechos que dieron lugar al proceso" en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable ( STS 2/2003, de 16-1 , FM.5).

Las sentencias de la Sala Segunda del TS 487/2005, de 29-5 , y 806/2007 de 18-10 , recuerdan como la STC 334/2005 de 20-12 , ha vuelto a insistir en que el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hechos y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora, ya que, desde la estricta dimensión material, el descontar dichos efectos provoca que en el caso concreto no concurra una sanción desproporcionada ( STS 229/2003 , 149/2003 , SSTC 513/2005 , 395/2004 , 141/2004 ) .

En similar sentido la SSTS 1207/2004, de 11-10 , 225/2005, de 24-2 , conforme al Pleno no Jurisdiccional de la Sala 2ª de 19-5- 2003, tiene declarado que el principio "non bis in idem" se configura como un derecho fundamental, integrado en el derecho del principio de legalidad en materia penal y sancionadora del art. 25-1 CE que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento ( STC 2/2003 de 16-1 ) y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento, según se declaró ya en la STC 2/81, de 30-1 . La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente ( STC 180/2004, de 7-11 ; 188/2005, de 4-7 ; 334/2005, de 20-12 ; 48/2007, de 12-3 ) .

2. Llegados a este punto resulta esencial examinar que resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o la reapertura del ya antes concluido.

Desde luego las sentencias firmes producen esa eficacia de cosa juzgada material, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes, los autos, también firmes, de sobreseimiento libre.

No surten tal efecto las resoluciones que inadmiten a trámite las denuncias o querellas por entender que los hechos en que se fundan no son constitutivos de delito, tampoco tienen esa virtualidad los autos de sobreseimiento provisional ni los autos de archivo dictados al amparo del antiguo art. 789.5.1º (actual 779.1.1) ( STS. 190/95 de 16.2 ) .

En efecto en cuanto al concepto y efectos del sobreseimiento provisional, los motivos son dos. El primero se refiere a los supuestos en que "no resulta debidamente justificada la perpetración del delito", motivo que debe diferenciarse de los que suponen sobreseimiento libre, conforme al art. 637.1.2, porque se refieren a la inexistencia de suficientes indicios racionales de criminalidad para estimar la presencia de un delito, en contraste con la absoluta ausencia de tales indicios que contempla el citado art. 637.1, y con la atipicidad de la conducta a que se refiere el nº 2, se trata pues de una cuestión fáctica y no de interpretación jurídica, consistente en apreciar que lo que fueron indicios siguen existiendo (no han desaparecido y por ello no procede el sobreseimiento libre) pero sin expectativas de obtener nuevos datos inculpatórios, aspecto que debe razonarse en el auto que lo acuerde, si se solicita la práctica de diligencias de prueba ( STC. 196/99 de 14.10 ),. El segundo motivo de sobreseimiento provisional es de índole análoga al primero, pero en vez de recaer la imposibilidad de prueba sobre la existencia del hecho, se refiere a la vinculación del mismo con el procesado o sospechoso de ser autor o cómplice o encubridor, caso diverso al de exención de responsabilidad penal sin que existan dudas sobre la vinculación de los exentos como autores materiales o partícipes ( STS. 740/2012 de 10.10 ) .

En ambos supuestos el procedimiento puede ser reabierto, no hay cosa juzgada ( STS. 488/2000 de 20.3 ), por el mismo órgano ( STC. 6.7.94 ), cuando nuevos datos o elementos, adquiridos con posterioridad lo aconsejen o lo hagan preciso.

3. La reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa (STS. 75/2014 de 11.2). De esta manera dijimos en la STS 189/2012 de 21 de marzo , el sobreseimiento provisional tiene dos aspectos. Uno que no resulta modificable sin más cuando el auto adquirió firmeza que es el referente a la insuficiencia de los elementos obrantes en la causa para dar paso a la acusación. Lo más tradicional de nuestras doctrinas procesales ha entendido en este sentido el concepto de sobreseimiento al definirlo "el hecho de cesar el

procedimiento o curso de la causa por no existir méritos bastantes para entrar en el juicio". El auto contiene también otro aspecto que autoriza su modificación sometida a una condición: la aportación de nuevos elementos de comprobación. Dicho en otras palabras: el auto firme de sobreseimiento provisional cierra el procedimiento aunque puede ser dejado sin efecto si se cumplen ciertas condiciones.

La cuestión que puede plantearse es la de decidir si el sobreseimiento provisional puede ser dejado sin efecto, una vez que la resolución que lo acuerde ha devenido firme y qué requiere la reapertura de las diligencias.

Resulta patente que esa provisionalidad en el archivo de las diligencias puede plantear problemas de inseguridad jurídica del afectado por la inicial investigación, sobre quien planea la posibilidad de una reapertura. Esa limitación de sus expectativas de seguridad aparece compensada por las exigencias de nuevos datos que permitan ser consideradas como elementos no tenidos en cuenta anteriormente para la decisión de sobreseer. No entenderlo así podría suponer que la desidia o el error una acusación, por no valorar unos datos preexistentes, le permite su reconsideración posterior para solicitar, y adoptar, su reapertura, con lesión a la seguridad del investigado. Es por ello que en la jurisprudencia hemos declarado que el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento "cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos". Esto quiere decir que la reapertura del procedimiento una vez firme el auto de sobreseimiento provisional depende de que se aporten nuevos elementos de prueba no obrantes en la causa.

Como dijimos en la STS de 30 de junio de 1997 : "Es también claro que el error del Fiscal en el estudio de la causa no puede ser fundamento para privar al acusado del derecho procesal a que el procedimiento sólo sea reabierto cuando se presenten nuevos elementos de comprobación. En efecto, el auto cuya validez se cuestiona más que de reapertura del procedimiento en el sentido implícito del art. 641 LECr., lo que hace es otorgar a la acusación un nuevo derecho a formalizar la acusación después de su renuncia expresa a hacerlo en el momento procesal oportuno. Tal duplicación de oportunidades en favor de la acusación resulta incompatible con la interdicción de someter al inculpado a un doble juicio penal ("double jeopardy"), dado que permite que el Fiscal haya dejado pasar la posibilidad de acusar y luego, sin otra razón que su propio error, pueda reabrir el procedimiento sin nuevos elementos de prueba. Si el sobreseimiento provisional ofrece dudas desde el punto de vista del derecho a la presunción de inocencia, esas dudas se multiplican al máximo si se lo entiende como una decisión judicial que permite retrotraer el procedimiento en contra del acusado, como si fuera un recurso de revisión en perjuicio del inculpado. En este sentido la STC 41/97, de 10-3 -9, ha señalado que "la LECr., en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales. Que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal ("double jeopardy")". Asimismo en la STS 35/96, de 27-1-96 se sostuvo que "es evidente que, ante la falta de protesta del Ministerio Fiscal para que se dé cumplimiento al principio de publicidad, no es posible ahora volver a juzgar al acusado para dar a la acusación una oportunidad procesal que tuvo y, sin embargo, no ejercitó en tiempo y forma. La prohibición del "double jeopardy", es decir del doble peligro de condena (...) no está expreso en la CE, pero está indudablemente implícito en la idea y la tradición de un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por lo tanto, como un derecho fundamental".

En el mismo sentido la STS 6/2008, de 23 de enero : "Tal acotación de la cuestión explica que entonces dijésemos que no caben interpretaciones extensivas de la reapertura de la causa sin conculcar la garantía de la presunción de inocencia, pero, al tiempo, ya recordábamos que dicha limitación del derecho fundamental resulta sin embargo compensada por las consideraciones que se requieren para dejar sin efecto el sobreseimiento; dicho con palabras del clásico de nuestro derecho procesal antes citado: la existencia de «nuevos datos o elementos de comprobación distintos de los resultantes del mismo». Es decir el sobreseimiento provisional permite la reapertura del procedimiento «cuando nuevos datos con posterioridad adquiridos lo aconsejen o hagan precisos».

Y respecto a la posibilidad de que por un juzgado se investiguen los mismos hechos ya sobreseídos provisionalmente por otro distinto, la doctrina de esta Sala (STS. 543/2011 de 15.6 ), exige que las diligencias de que este procedimiento trae causa, si bien relacionadas, sean distintas e independientes, al basarse en hechos nuevos. Por ello la circunstancia de que personas previamente investigadas por hechos anteriores hayan logrado un sobreseimiento no impide que sean investigadas posteriormente, pero si se trata de los mismos hechos sobre los que existe información nueva, es obvio que se requiere la reapertura de las



diligencias sobreseídas provisionalmente. Pero si se trata de conductas nuevas, presuntamente cometidas en diferentes circunstancias de tiempo y lugar, con intervinientes que sólo parcialmente coinciden con los que fueron objeto de la investigación anterior, procede iniciar un procedimiento nuevo, que en ningún caso puede ser considerado continuación del anterior.

La aceptación del argumento contrario equivaldría a declarar que quien es investigado sin éxito adquiere un derecho intemporal de sobreseimiento libre e indefinido que le confiere inmunidad frente a cualesquiera investigaciones posteriores.

4. Trasladando estas consideraciones al caso presente, la sentencia impugnada, apartado V, fundamento derecho primero, analiza la cuestión previa planteada y la desestima por cuanto el primer auto de 10.5...2011, en relación al fondo de la querella la valoración que hace se concreta exclusivamente respecto de las conductas del aforado Juan Miguel y concluye que los hechos atribuidos no eran unívocos y sobre todo, carecían de un mínimo respaldo probatorio que permita distinguir si nos encontramos ante un acto neutral o de simple infracción administrativa, o por el contrario, tiene naturaleza penal. Por ello entiende que no hay ningún análisis de fondo, siendo un mero control formal que trata de evitar el inicio de una prospección sobre la conducta del querellado aforado y en su caso de los otros.

Siendo así es correcto el pronunciamiento del tribunal a "quo", al no producir eficacia preclusiva las resoluciones por las que se inadmite una querella o una denuncia por entender que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito, máxime, como precisa la STS, 23.6.2012, los autos de sobreseimiento libre en tanto tienen el valor de una sentencia definitiva, contra los que cabe recurso de casación ex art. 636 LECriminal, solo pueden ser dictados por el órgano judicial competente por razones objetivas para conocer del fondo, por lo que los dictados por el Juez de instrucción, aunque tengan el "nomen" de sobreseimiento libre no equivalen a una sentencia absolutoria que tenga la "santidad" de la cosa juzgada, más aun en el presente caso en el que en la fundamentación del auto de TSJ. de 10.5.2011 entre las causas por las que inadmitió la querella se refiere a que lo pretendido es que el tribunal abra una suerte de causa penal prospectiva y general para comprobar si se han cometido delitos de los que, **al menos hasta el momento**, no se da razón en cuanto a la persona del aforado, expresión ésta propia del sobreseimiento provisional.

**TERCERO: Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, con relación al art.5.4 LOPJ, se aduce vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, habiéndose causado manifiesta y proscrita indefensión, así como infracción de Ley, art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 28 CP, en las modalidades de autoría y de inducción por las que se condena, e inaplicación indebida del art. 14.3 CP.**

El motivo en base a lo consignado en el fundamento derecho tercero de la sentencia impugnada (pág. 54) "**Somos plenamente conscientes de la dificultad de deslindar el dolo típico de este delito del error de prohibición que, con amparo en el artículo 14.3 del Código penal, excluiría toda responsabilidad por el hecho cometido o la resolución dictada en la creencia de actuar al amparo de la norma; como también convenimos con la STS 376/1995, de 17 de marzo, en la frecuencia con que estos supuestos de error se presentan en el dictado de resoluciones en el ámbito de la administración municipal, precisamente porque lleguen a tener responsabilidades decisorias concejales sin formación jurídica y se apoyen en asesores técnicos no siempre provistos del conocimiento o rigor exigido en la recta acción administrativa**", para estimar concurrente el error de prohibición en la conducta de los recurrentes que eran políticos que no contaban con formación al efecto y se guiaron por los informes de los técnicos.

Tal alegación no puede ser aceptada.

En efecto, como hemos recordado en SSTs. 392/2013 de 15.5, y 338/2015 de 2.6, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de Derecho (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTs. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTs 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de derecho y más actualmente de tipo y de prohibición,

aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP . se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción ( STS. 1254/2005 de 18.10 ), y en el nº 3, el error de prohibición, que la jurisprudencia ( SSTs. 336/2009 de 2.4 y 266/2012 de 3.4 ), ha señalado que éste se constituye, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, como un elemento constitutivo de la culpabilidad y exige que el autor de la infracción penal concreta ignore que su conducta es contraria a derecho, o, expresado de otro modo, que actúe en la creencia de estar obrando lícitamente. No cabe extenderlo a los supuestos en los que el autor cree que la sanción penal era de menor gravedad, y tampoco a los supuestos de desconocimiento de la norma concreta infringida y únicamente se excluye, o atenúa, la responsabilidad cuando se cree obra conforme a derecho. Además, el error de prohibición no puede confundirse con la situación de duda, puesta ésta no es compatible con la esencia del error que es la creencia errónea, de manera que no habrá situación de error de prohibición cuando existe duda sobre la licitud del hecho y decide actuar de forma delictiva, existiendo en estos supuestos culpabilidad de la misma manera que el dolo eventual supone la acción dolosa respecto a la tipicidad subjetivo ( STS 1141/97 de 14-11 ).

Del mismo modo, hemos dicho STS 411/2006, de 18-4 , 1287/2003, de 10-10 , que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso en el sentido de conocer concretamente la gravedad con el que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas sino legos en esta materia por lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

Ello determina que sea penalmente irrelevante el error de subsunción, es decir el error sobre la concreta calificación o valoración jurídica de la conducta realizada, y únicamente concurre error de prohibición en el sentido del art. 14.3 CP . cuando el agente crea que la conducta que subsume erróneamente es lícita, al no estar sancionada por norma alguna. Si conoce su sanción penal no existe error jurídicamente relevante aún cuando concorra error sobre la subsunción técnico-jurídica correcta.

Como decíamos en la STS. 601/2005 de 10.5 , el error de prohibición se configura como el reverso de la conciencia de antijuricidad y como recuerdan las SSTs. 17/2003 de 15.1 , 755/2003 de 28.5 y 861/2004 de 28.6 , la doctrina y la ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación. En este sentido la STS. 457/2003 de 14.11 , declara que el error de prohibición, consiste en la creencia de obrar lícitamente si el error se apoya y fundamenta en la verdadera significación antijurídica de la conducta. Esta creencia en la licitud de la actuación del agente puede venir determinada por el error de la norma prohibitiva, denominado error de prohibición directo, como sobre el error acerca de una causa de justificación, llamado error de prohibición indirecto, produciendo ambos la exención o exclusión de la responsabilidad criminal, cuando sea invencible. En los casos de error vencible se impone la inferior en uno o dos grados, según el art. 14.3 del Código Penal .

También la jurisprudencia, después de destacar la dificultad de determinar la existencia de error, por pertenecer al arcano íntimo de la conciencia de cada individuo, sin que baste su mera alegación, sino que deberá probarse, tanto en su existencia como en su carácter invencible ( S.TS. de 20.2.98 , 22.3.2001 , 27.2.2003 ), afirmando reiteradamente que "no cabe invocar el error cuando se utilizan vías de hecho desautorizadas por el ordenamiento jurídico, que todo el mundo sabe y a todos consta que están prohibidas" ( STS. 11.3.96 , 3.4.98 ), añadiendo que, en el caso de *error iuris* o error de prohibición, impera el principio *ignorantia iuris non excusat* , y cuando el error se proclama respecto de normas fundamentales en el Derecho Penal, no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es "notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada" ( S.TS. 12 de noviembre de 1986 , 26 de mayo de 1987 ).

El señalado distinto tratamiento del error, según se trate de infracciones de carácter natural o formal, se analiza en S.TS. 7 de julio de 1987, recordando que si tradicionalmente se ha venido afirmando que el Derecho vale y se impone por sí mismo y no por la circunstancia de ser o no conocido por sus destinatarios, esta construcción, que hipervalora el principio de defensa social, perdió fuerza al hacerse distinción entre aquellas conductas definidas en el Código, que agravan o lesionan normas éticas con sede en la conciencia de todo sujeto, necesarias para la convivencia y pertenecientes al vigente contexto socio-cultural (las acciones que la doctrina de los canonistas denominaba *mala in se*) y los delitos formales, cuya razón de ser está muchas veces en criterios de oportunidad (los actos *mala quia prohibita*).

Por otra parte, para excluir el error no se requiere que el agente tenga seguridad respecto a su proceder antijurídico, bastando que tenga conciencia de la antijuridicidad, o al menos sospecha de lo que es un proceder contrario a Derecho (S. 29.11.94), de la misma manera y en otras palabras (SSTS. 12.12.91, 16.3.94, y 17.4.95) que basta con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no la seguridad absoluta del incorrecto proceder.

En definitiva la apreciación del error de prohibición no puede basarse solamente en las declaraciones del propio sujeto, sino que precisa de otros elementos que les sirvan de apoyo y permitan sostener desde un punto de vista objetivo, la existencia del error. El análisis nos dice la STS. 302/2003 de 27.2 - debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento.

En el caso que nos ocupa nos encontramos ante un delito de prevaricación administrativa en el que el conocimiento de la injusticia de la resolución, su arbitrariedad es un elemento normativo del tipo. Por ello la interpretación de la expresión utilizada en el art. 404 CP, a sabiendas de la injusticia no debe llevar a tener por atípica la decisión del funcionario sino a su mera exculpación, cuando se estima que no actuó bajo su condición (STS, 18/2014 de 23.1).

En definitiva como se precisa en la STS. 965/99 de 14.6, el error sobre el carácter arbitrario o injusto de la decisión administrativa no es un error de tipo ni de prohibición, sino un error de subsunción porque la injusticia o arbitrariedad de las resoluciones es elemento normativo del tipo, sobre el que no se necesita un conocimiento jurídicamente perfecto, bastando con un conocimiento equivalente al del uso.

En base a lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

**CUARTO: El motivo cuarto al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, correlación al art. 5.4 LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24 CE, respecto de los dos recurrentes con relación a los principios de seguridad jurídica y de legalidad, arts. 9.3 y 25 CE.**

El desarrollo argumental del motivo, extenso y detallado, tras recoger la jurisprudencia de esta Sala, SSTS. 657/2013 de 15.7, 243/2015 de 21.4, 105/2015 de 24.2, 39/2015 de 4.2 y 338/2015 de 2.6, relativa al derecho fundamental a la presunción de inocencia, considera que la sentencia de instancia ha conculcado tal principio al establecer como probados los supuestos fácticos por los que los recurrentes han sido condenados.

1. En primer lugar entiende que no existe prueba porque no es verdad que el patrocinio por la mercantil Development Diagnostre Compan SL (DDC) -de la que es representante el cocacusado Arcadio- de los equipos locales de hockey y futbol- del que era presidente el recurrente Alberto -estuviera vinculado a "facilidades" en la ejecución de las obras de la Plaza de Toros de la localidad de Lloret de Mar.

2. Cuestiona igualmente que no se cumpliera en la ejecución de las obras lo estipulado en la cláusula 4ª del Convenio relativo a la Plaza de Toros, al no depositarse el aval pactado en el mismo, ni la cesión de las partes de la Construcción que debían ser de titularidad pública.

3. Respecto al viaje a Moscú del recurrente Juan Miguel junto a su esposa y un hijo, a cargo de DDC, Pretendiendo Arcadio obtener facilidades para la construcción que pretendía iniciar, aduce que Arcadio podía o no, tener la intención que afirma la Sala, pero la misma no tuvo reflejo en la actuación del recurrente.

4. Insiste en la licitud del patrocinio de los equipos de futbol y hockey y en cuanto a la adquisición del reloj, marca Zentn E. Silver Ultra, tanto Arcadio como Juan Miguel negaron en el plenario que se entregara a este último.



5. Cuestiona igualmente el apartado 5 del fundamento derecho segundo de la sentencia relativo a la reducción de la cuota tributaria, haciendo referencia al informe de la

Unidad de Inspección de Tributos del Ayuntamiento y al voto particular de la sentencia recurrida cuyo contenido asume y analiza el marco normativo de la bonificación del 50%, art. 103.2 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, que en su último párrafo apodera a los Ayuntamientos para que integre el texto legal reglamentando los restantes aspectos sustantivos y formales, tal como realiza la Ordenanza Municipal nº 6, en su art. 4, que concreta los supuestos de las bonificaciones del 95% y 50% del impuesto.

6. Finalmente examina la totalidad de las pruebas personales, declaraciones de los cinco acusados, de 22 testigos y pericial de la defensa, para deducir en su subjetiva valoración de las mismas, que la realizada por el Tribunal de instancia ha sido incompatible con la lógica y absolutamente irracional.

1º.- Ante tales argumentaciones debemos recordar que como hemos explicitado en recientes STS 505/2016, de 9-6, con cita en las STS 200/2012, de 15-3; 503/2013, de 19-6; 454/2015, de 10-7 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 Juzgador de instancia, porque a éste 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 sus 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 un 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 le corresponde 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 practica 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 a 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 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. 299/2004 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 ).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE, que "se configura en 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).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, en consecuencia, la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógico, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones porque no se trata de comparar conclusiones sino más limitadamente, si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena, - SSTC 68/98 , 85/99 , 117/2000, 4 de Junio de 2001 ó 28 de Enero de 1002 , ó de esta Sala 1171/2001 , 6/2003 , 220/2004 , 711/2005 , 866/2005 , 476/2006 , 528/2007 entre otras-. Por ello, queda fuera, extramuros del ámbito casacional verificado el canon de cumplimiento de la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones alcanzadas en la instancia, la posibilidad de que esta Sala pueda sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 LECriminal y de la intermediación de que dispuso, intermediación que no puede servir de coartada para eximir de la obligación de motivar.

Así acotado el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia, bien puede decirse que los Tribunales de apelación, esta Sala de Casación o incluso el Tribunal Constitucional en cuanto controlan la motivación fáctica de la sentencia sometida a su respectivo control, actúan verdaderamente como Tribunales de legitimación de la decisión adoptada en la instancia, en cuanto verificar la solidez y razonabilidad de las conclusiones alcanzadas, confirmándolas o rechazándolas -- SSTS de 10 de Junio de 2002 , 3 de Julio de 2002 , 1 de Diciembre de 2006 , 685/2009 de 3 de Junio -y por tanto controlando la efectividad de la interdicción de toda decisión inmotivada o con motivación arbitraria.

La sentencia de esta Sala Segunda nº 131/2010 de 18.1 , hace un compendio de la doctrina jurisprudencial sobre el control casacional de la valoración probatoria, en el sentido de que "ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa sin disponer de la imprescindible intermediación que sólo tuvo el Tribunal de instancia. El objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir del resultado de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde su punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por el Tribunal de la instancia". Al objeto de control es la racionalidad misma de la valoración elaborada por éste a partir de las pruebas que presencié. No procede ahora por tanto que el recurrente sugiera o proponga otra valoración distinta que desde un punto de vista se acomode mejor a su personal interés, sino que habrá de argumentar que es irracional o carente de lógica el juicio valorativo expresado por tribunal de instancia.

Partiendo del presupuesto necesario de que han de existir medios de pruebas válidas y lícitas, de contenido incriminatorio, no bastará para tener por desvirtuada la presunción de inocencia con constatar que el Juzgado de instancia alcanzó la experiencia subjetiva de una íntima convicción firme sobre lo sucedido, sino que debe revisarse en casación si esa convicción interna se justifica objetivamente desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

A esta Sala por tanto no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencio, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que una y otra sean coincidentes -lo que ha de examinar es si la valoración del juzgador, es decir, la suya que es la única que existe porque esta Sala no le sustituye con ninguna otra propia, es homologable por su misma lógica y razonabilidad; o como dice la STS 16.12.2009, si más allá del convencimiento subjetivo, que el Juez al valorar los medios de prueba adquiere sobre la veracidad de la acusación, puede estimarse que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación y que no existen otras alternativas a la hipótesis que justificó la condena susceptibles de calificarse también como razonables. Para que una decisión de condena quede sin legitimidad bastará entonces con que la justificación de la duda se consiga evidenciando que existan buenas razones que obstan aquella certeza objetiva. En síntesis, es necesario que concurren prueba de cargo lícita y válida, y es preciso también que el tribunal de instancia haya obtenido la certeza Sin lo primero es ocioso el examen de los demás porque falta el presupuesto mínimo para desvirtuar la presunción de inocencia. Y si falta lo segundo, porque el tribunal expresa duda y falta de convicción, la absolución se impone por el principio "in dubio pro reo". Pero dándose ambas condiciones además es necesario un tercer elemento: que entre el presupuesto y la convicción exista objetivamente un enlace de racionalidad y lógica cuyo control corresponde al tribunal de casación, en un examen objetivo que nada tiene que ver con la formación propia de una convicción propia sustantiva que no es posible sin la intermediación de la prueba".

2º.- Aplicando la doctrina jurisprudencial expuesta al caso presente, la sentencia recurrida dedica un fundamento de derecho específico -el segundo- "valoración de la prueba", al detallar la prueba que tiene en cuenta para conformar los distintos apartados de los hechos probados constitutivos de los delitos de cohecho y prevaricación

Así en relación al delito de cohecho, en los apartados 1 y 3 del referido fundamento analiza la prueba obrante en relación al patrocinio por parte del acusado Petrov, a través de la empresa DDC, de los equipos de hockey y fútbol de la localidad, llegando a la convicción de que en algunas de las primeras reuniones entre los acusados, Juan Miguel, Alcalde y Arcadio, constructor, "llegaron al acuerdo de vincular aquel patrocinio con el otorgamiento de facilidades para la construcción que debía iniciarse en la "Plaça dels Braus".

Conclusión a la que llega por la concatenación de varios indicios:

Así admitidas por estos acusados la realidad de tales entrevistas, descarta la pretensión de Petrov de que el patrimonio fuese altruista, al no tener sentido que las conversaciones fueran sólo con el alcalde y no con persona que tuviera responsabilidades en los clubs, quienes desconocían esos contactos previos con Petrov. También la ausencia de fijación de contrapartida por el patrocinio -salvo que en la camiseta de los equipos figurara el anagrama de DDC-. Tampoco se explica que el club de fútbol, con la presidencia del acusado Alberto, concejal de urbanismo, ni siquiera cobrara de modo directo el patrocinio o diera recibo, lo que explica que Juan Miguel participó a Alberto la propuesta de Arcadio y sus expectativas de que se le facilitaran las obras, dada su condición de concejal de urbanismo, y que ninguna sorpresa le produjera la recepción de las donaciones de DDC, sin haber hablado antes con Arcadio. El propio importe de las cantidades entregadas, 90.000 euros anuales, muy superior al de otras empresas patrocinadoras.

A continuación entiende acreditadas diversas facilidades que durante la construcción de las obras se dieron a DDC. En concreto no haberle exigido el cumplimiento de los requisitos previstos en el pacto 4º del Convenio inicial en el que se subrogó DDC, que preveía que en dos meses desde la aprobación de los proyectos, a propuesta de la promesa, se debía otorgar escritura de obra nueva en construcción y de división de propiedad horizontal en el mismo acto se libraría al Ayuntamiento las unidades de construcción comprometidas, el Ayuntamiento entregaría el solar para la construcción futura, también comprometido en el Convenio y se constituiría un aval de 1.900.000 euros. El aval no se entregó y la escritura de obra nueva se realizó al final de la construcción, cuando ya estaba casi terminada.

Todo lo anterior lo considera acreditado por la prueba documental que examina en el apartado 3, a) del fundamento jurídico segundo, consistente en el expediente administrativo relativo a esta construcción. Así, DDC presenta en 20 de diciembre de 2007 el Plan Especial Urbanístico de Residencia deportiva (docs. 31 a



52 y 613 de caja 1), que es aprobado por el Ayuntamiento tras los trámites previstos legalmente (doc. 632 y ss caja 1) y lo remite a la Comisión Territorial de Urbanismo de Girona (CTUG) que inicialmente lo informa desfavorablemente, dando lugar a que la JGL de Lloret inicie la aprobación de un nuevo plan especial de Residencia Deportiva y solicita a su vez informe a CTUG. A partir de ese momento consta en el expediente innumerables trámites administrativos derivados de informe favorable y reinicio de expedientes que concluyen con aprobación definitiva del Plan de Urbanización en 28 de enero de 2011, y antes, en 13 de diciembre de 2010, aprobación por el JGL del Texto Refundido del Plan Especial.

En síntesis, el pacto cuarto del convenio al que constantemente nos referimos no precisa a qué proyectos concretos se refiere para iniciar el cómputo de dos meses y otorgar la escritura de obra nueva en construcción. Sin embargo en el Texto refundido de la modificación del Plan especial de Residencia deportiva si se hacía constar que debía otorgarla en el plazo de dos meses.

Podemos concluir por tanto que la escritura de obra nueva en construcción se hizo con retraso, pues es de fecha 4 de abril de 2011 y que en esa fecha y tampoco en posterior no se aportó el aval pactado. Pero igualmente debe añadirse que sólo diez días después, en 14 de abril (docs. 145-160, caja 5) se hizo la primera recepción definitiva de la obra, dejando constancia de los que todavía no se habían concluido, un 8% aproximadamente, y en 24 de abril DDC ya otorgó escritura de cesión de determinadas construcciones: aparcamientos, espacio exterior de uso público, derecho de vuelo (docs. 271-274 caja

2); es precisamente en este documento de cesión en el que se hace constar que JGL otorgó la licencia para la construcción en 16-1-09. Igualmente significar que el solar que el Ayuntamiento debía entregar como compensación (el Rieral), según el pacto cuarto también debía haberse entregado en ese momento y no se hizo hasta el 27 de diciembre de 2011, fecha muy posterior a las entregas definitivas.

Por tanto si los requisitos previstos en el Convenio eran garantías para el Ayuntamiento y condiciones para la eficacia de la licencia de obras, la dejación del Ayuntamiento, y por tanto de los acusados Juan Miguel , Alcaide y Alberto , concejal de urbanismo, fue permitir la ejecución de obra sin las garantías que condicionaban la licencia que se habían incluido en el Convenio inicial.

3º.- En el apartado 2 del mismo fundamento jurídico segundo se valora la prueba del apartado 4 del relato fáctico.

No ha sido objeto de discusión, al estar admitido por los acusados, Juan Miguel y Arcadio , la realización del viaje a Rusia los días 15 a 17 de febrero 2008, por parte de Juan Miguel , su esposa e hijo, invitado por Arcadio y a cargo de su empresa DDC, y lo corrobora el empleado de la Agencia de viajes que recordó el encargo y reconoció las facturas.

Y en cuanto a que con este viaje Arcadio pretendía obtener facilidades para la construcción que pretendía iniciar, lo infiere la Sala de su naturaleza privada y de la falta de información de Juan Miguel a la Corporación municipal de que hizo el viaje invitado por DDC, ni de la finalidad y conclusiones del mismo. En este sentido la sentencia destaca la testifical de los miembros de la Corporación coincidentes en que su conocimiento del viaje fue muy posterior y de que nadie dio razón de que hubiera motivación profesional o afectante al interés público.

4º.- Finalmente en el apartado 4 del fundamento de derecho 2º analiza la probanza del regalo del reloj, apartado 7 hechos probados y considera acreditado que el día 10.9.2010, Arcadio , con ocasión del cumpleaños de Juan Miguel adquirió un reloj valorado 2.200.- euros, que le regaló, dada su condición de alcalde y que estaba realizando en la localidad varias obras. Y que el destinatario del reloj fue el acusado Juan Miguel -que ha negado en todas sus declaraciones tal recepción- lo considera probado por las declaraciones de Arcadio , que si bien en el juicio oral negó tal regalo, la Sala valora sus anteriores declaraciones ante la Guardia Civil y las dos prestadas ante el Juez Central de Instrucción los días 28.1 y 8.2.2013, en las que reconoció la compra del reloj para Juan Miguel y la entrega a éste.

Razonamiento adecuado respecto a la posibilidad de valorar declaraciones anteriores del acusado no coincidentes con la prestada en el juicio oral en STS. 354/2014 de 9.6, 577/2014 de 12.7, se recuerda que es necesario recordar que ciertamente constituye garantía esencial del derecho de defensa el que las pruebas se practiquen en el plenario, bajo el juego ineludible de los principios de publicidad, concentración, inmediación y contradicción, pero ello no impide -como tiene esta Sala declarado, SSTS. 450/2007 de 30.5 , 304/2008 de 5.6 , 1238/2009 de 11.12 - que el Tribunal de Instancia puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella se halla practicado judicialmente con las debidas garantías y se halla sometido

a efectiva contradicción en el acto del juicio oral. Concretamente en el caso de testimonios contradictorios previstos en el artículo 714 de la L.E.Criminal , la doctrina constitucional y de esta Sala (S.T.C. 137/88 , S.T.S. 14-4-89 , 22-1-90 , 14-2-91 o 1 de diciembre de 1.995, sentencia nº 1207/95 ) , admite que el Tribunal pondere la mayor o menor verosimilitud de las versiones contrapuestas, contrastándolas con los datos deducidos de otras pruebas practicadas y con la credibilidad de las razones expuestas para justificar las contradicciones, correspondiendo al Tribunal de Instancia dicha valoración, conforme a lo dispuesto en el artículo 741 de la L.E.Criminal .

Esta Sala igualmente ha declarado (ver S. 113/2003 de 30.1) que las declaraciones de los testigos y los acusados aún cuando se retracten en el juicio oral, pueden ser tenidas como actividad probatoria suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. Pero esta afirmación aparece sujeta a determinados requisitos que inciden sobre la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones, extremo que depende substancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba ( Sentencias de 7 de noviembre de 1997 ; 14 de mayo de 1999 ). En otros términos, la posibilidad de valorar una u otra declaración no significa un omnímodo poder de los tribunales para optar por una u otra declaración, a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos una declaración distinta de la prestada por el testigo, o en su caso coimputado, en el Juicio Oral. Jurisprudencialmente hemos requerido la concurrencia de circunstancias que afectan tanto a las condiciones de validez de la prueba que permita su valoración como a los criterios de valoración. Así, en primer término, para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometiéndose a la contradicción, exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de su convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal procediendo a la lectura de aquélla y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción ( SSTs. de 5 de noviembre de 1996 y 20 de mayo de 1997 ; y STC. de 29 de septiembre de 1997 ).

Sin esta incorporación al plenario la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada.

Esta exigencia presupone que la declaración que se incorpora al enjuiciamiento, provenga del sumario, es decir, de la documentación de la actuación judicial en investigación de un hecho delictivo, pues así lo exige el Art. 714 de la Ley Procesal , que refiere la posibilidad de dar lectura a las declaraciones del sumario, esto es las practicadas en sede jurisdiccional con exclusión de las celebradas ante la policía. Además tal declaración ha de ser realizada con observancia de las reglas que rigen la práctica de estas diligencias. Consecuentemente debe tratarse de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción reuniendo los requisitos exigidos por la Ley, pues fuera de este supuesto no se trataría propiamente de diligencias sumariales de prueba, de forma que, aún no satisfaciéndose el principio de contradicción en aquella declaración, puesto que sucede con frecuencia, sobre todo cuando se trata del denunciante, que su declaración se produce con anterioridad a la del imputado, que dicho principio esencial del proceso se desenvuelve en el acto del Plenario, mediante la lectura concreta y puntual de la diligencia, abriéndose de esta forma a las partes la posibilidad de salvaguardar sus derechos ( SSTs. 4.3.2002 , 17.7.2002 , 5.12.2003 ). Por otra parte, la contradicción que permite la lectura de las obrantes en el sumario debe recaer sobre aspectos esenciales del testimonio, como afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

La declaración sumarial debe ser incorporada al juicio mediante su lectura a petición de cualquiera de las partes como establece el Art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio ( Art. 708 párrafo segundo LECr ).

Como consecuencia de esa lectura ha de ser interpelado el declarante sobre las razones de su divergencia siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el testigo y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral. Con relación a esta última exigencia la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del Art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna. Lo que no puede hacerse es traer sorpresivamente desde el sumario a la sentencia, sin antes haber pasado por la posibilidad de ser debatido en el juicio oral (principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación) ese dato que se incorpora al relato de hechos probados. En todo caso lo que no es suficiente para que la

declaración sumarial pueda ser tenida en cuenta es el empleo de la expresión ritual "por reproducida", práctica censurable inoperante para la efectiva entrada en el plenario de la declaración sumarial, y rechazada por la doctrina jurisprudencial.

Incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, en cuanto a las condiciones de valorabilidad de la declaración obrante en el sumario, analizamos las exigencias que deben concurrir en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, por la falta de intermediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios ( SSTC. 153/97, de 29 de septiembre ; 115/98, de 1 de junio ; y SSTS. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999 ). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de intermediación, se prestó en el Juicio Oral.

En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral ( Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999 ), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante.

No otra cosa realiza el tribunal de instancia que considera inaceptable la justificación dada en el juicio oral sobre el temor a que su padre permaneciera en prisión, pues dichas manifestaciones de la compra y regalo del reloj para Juan Miguel , las hizo Arcadio ante el

Juez, no ante la Guardia Civil y días más tarde, ante el mismo Juez, ratifica la adquisición y destino de ese reloj, diferenciando de otro que adquirió para su esposa. Declaración que estaría corroborada por el día de la compra 9.9.2010 inmediatamente anterior a la fecha del cumpleaños de Juan Miguel .

5º.- Consecuentemente en relación al cohecho no cabe sino ratificar las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de instancia, ya que se basó en prueba suficiente, válidamente obtenida y practicada, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el Tribunal de instancia a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y motivación exigibles; quedando extramuros de la competencia de esta Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante otra valoración alternativa del significado de los elementos de prueba disponibles, por lo que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia del hoy recurrente quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de cada una de las pruebas, olvidando, que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter incriminatorio con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto - como recuerda la STS. 18.7.2013 - el hecho de que la Sala de instancia dé valor prevalente a aquellas pruebas incriminatorias frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del derecho a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional y se olvida que el respeto al derecho constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente.

6º.- Distinta conclusión se debe llegar en relación al delito de prevaricación que se considera probado en el apartado 5 de los hechos probados. La sentencia recurrida en el fundamento jurídico segundo, apartado 5 hace un resumen del iter procedimental del expediente administrativo de reducción del impuesto sobre la construcción, desde la solicitud de la sociedad DDC de 2.3.2009, hasta su aprobación por el Pleno Municipal de fecha 3.4.22009, con referencia a los informes favorables de la Unidad de Inspección de Tributos del Ayuntamiento y del Servicio técnico del Área de Urbanismo, y como con estos informes, siguiendo las indicaciones del alcalde Juan Miguel por enfermedad de éste, el concejal Sr. Primitivo propuso a la Comisión Informativa de las Áreas de Servicios Centrales de Seguridad y Vía Pública, declarar la obra de utilidad municipal, conceder una bonificación del 50% y confeccionar una nueva declaración. Comisión informativa



que se pronunció favorablemente y el Pleno del Ayuntamiento aprobó, después de la defensa "ardorosa" del acusado Alberto , concejal de urbanismo, frente a las clamorosas irregularidades ya denunciadas por alguno de los concejales de la oposición, con referencia a las declaraciones en el plenario del concejal de Enc. Eloy .

Destaca igualmente las declaraciones en el juicio oral del Secretario del Ayuntamiento y del interventor que reafirmaron las advertencias dirigidas a los acusados Juan Miguel y Alberto sobre la falta de cobertura de la Ordenanza Fiscal y sobre el precedente peligroso que se abriría de saltarse la norma

Pues bien esta Sala casacional debe coincidir con los argumentos del Voto particular y los razonamientos del recurrente.

En efecto, en primer lugar, no consta que los técnicos municipales le hiciesen saber al acusado Juan Miguel que la solicitud de rebaja no era posible y que en un momento posterior este ejerciera presión sobre los mismos para que informaran favorablemente. No hay prueba alguna, que avale tal aserto, ni se deduce de las manifestaciones de aquellos técnicos, tal como refleja el Voto particular que estima relevantes las declaraciones prestadas en juicio oral, e igualmente en sede de instrucción, por el Secretario del Ayuntamiento y por el Interventor.

El primero manifestó que dio su opinión al Alcalde sobre que la bonificación iba a ser "políticamente conflictiva", e igualmente concretó que había informes técnicos y económicos que la avalaban y que el Pleno se pronunció positivamente porque "la obra era muy importante para Lloret y que fomentaba el empleo (f. 1280 y ss). El segundo, en línea semejante a la del anterior, constató el interés del alcalde y del concejal de urbanismo y que el mismo explicó al Sr. Alberto que el pleno debía declararlo de utilidad pública y que la unidad de inspección informó que se podía hacer, también que hizo constar que sentaban un precedente para otros casos. Es más, en sede de instrucción (f. 1294) aludió al concepto difuso y subjetivo del interés público y que ello debía definirlo el Pleno, que en su función de interventor no debe hacer valoración política ni de oportunidad, solo si la decisión hubiese sido arbitraria en el sentido de no estar basada

en ninguna norma hubiese emitido informe de ilegalidad.

En segundo lugar, la propuesta a la Comisión informativa de 27.3.2009, previa al Pleno de 3.4.2009, no la realizó Juan Miguel , de baja por una grave enfermedad, sino por el Alcalde en funciones Primitivo , sin que exista probanza ni directa ni indirecta que sustente la afirmación de que éste siguiera las indicaciones del alcalde Juan Miguel -de hecho la sentencia no refiere qué prueba le lleva a tal conclusión.

En tercer lugar tampoco consta que alguno de los concejales de la oposición denunciase en el Pleno las clamorosas irregularidades. El concejal a que refiere la sentencia recurrida se opuso a la bonificación por razones de carácter político, no por su falta de legalidad, al existir una ordenanza que lo permitía y que no impugnó el acuerdo del Pleno de 3.4.2009...

Por último no tiene sentido referirse al "empeño" o "animo" que podía tener Juan Miguel en la bonificación, cuando el intervino en la liquidación inicial -integra- de la cuota tributaria relativa al ICIO y no participó ni en la propuesta de reducción del 50% a la Comisión Informativa de las Arcas de Servicios Centrales de Seguridad y vía pública, ni en los debates del Pleno.

En base a lo razonado existe una carencia probatoria sobre estos extremos, adoleciendo las conclusiones alcanzadas de la suficiente solidez y razonabilidad al ser las inferencias de la Sala ilógicas, no concluyentes, vulnerándose la presunción de inocencia pues a la vista de la motivación judicial de la valoración de la prueba cabe apreciar, desde su perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de tales hechos es más improbable que probable.

**QUINTO: El motivo quinto se articula al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1LECrim , por infracción de Ley al estimar aplicado indebidamente el art. 404 CP .**

Se afirma en el motivo que en el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se indica que los hechos objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal en su escrito de acusación, letras D y E, son constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP , redacción anterior a la reforma LO: 5/2010 de 22.6, al referirse al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lloret de Mar de 3.4.2009. Según la sentencia de instancia la desviación material, el carácter arbitrario del acuerdo, procede de la constatación de que se toma una decisión de bonificación con reducción de un 50% de la cuota resultante de aplicar el tipo impositivo sobre las bases estimadas para la liquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (ICIO) sin cobertura normativa que ampara dicha bonificación, porque la obra, cuya licencia de ejecución se tomaba para el citado de la base del tributo no reunía ninguna de las condiciones establecidas en la

Ordenanza municipal dictada en desarrollo de la habilitación que para ello procede del art. 103-2ª) del R.D.L. 2/2004 de 5.3 , aprobando el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRCHL), en su redacción en la fecha de autos, coincidente en lo básico con la ofrecida por la Disposición Final a.4 Ley 12/2012 de 26.12.

Añadiendo que los recurrentes fueron alertados de que trataba de una bonificación insólita y de que crearía un precedente muy peligroso para el futuro, por parte del Secretario Municipal. Y en el pleno subjetivo que del tipo que debe predicarse de la conducta observada por los acusados en el curso del procedimiento que llevo al acuerdo injusto.

Los recurrentes cuestionan estas afirmaciones de la sentencia dado que la resolución ni era injusta, tampoco arbitraria, ni los recurrentes podían operar de ese modo en tanto que lo que se dispuso por el Pleno del Ayuntamiento, que no por Juan Miguel (sometido a una grave intervención quirúrgica) ni por Alberto , venia avalado por los informes técnicos precisos y sobre todo por la legalidad vigente. Así cita en su apoyo la ordenanza Municipal sobre cuyo amparo se dispuesto por el Pleno del Ayuntamiento la concesión de la bonificación del 50% del ICIO con base legal en el art. 106, con relación al art. 4.1 b Ley 7/85 de 2.4, Reguladora de las Bases de Régimen Local , y los arts. 6.1 y 8.1 b del Decreto Legislativo 2/2003 de 28.4 , texto refundido Ley municipal de Régimen Local de Cataluña, y de acuerdo con los arts. 101 a 104 Ley 39/88 de 28.12 , reguladora de las Haciendas Locales, en la que se regula la aplicación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras; y los informes de los Servicios Técnicos del área de urbanismo y obras y de los servicios económicos, favorables de tal bonificación, para concluir que no cabe incardinar la conducta de los recurrentes en el delito de prevaricación, por cuanto:

1ºEl Pleno del Ayuntamiento es soberano en la adopción de acuerdos como el del caso que nos ocupa, conforme el art. 22 Ley 7/85 de 2.4 , reguladora de las bases de Régimen Local.

2ºDicho Pleno acordó por mayoría simple, por tanto, dentro de la legalidad vigente, la bonificación cuestionada.

3ºPara tal adopción se contó con el debido soporte técnico elaborado por personas expertas.

4ºLa bonificación cuestionada tiene su amparo en derecho con soporte en la normativa relacionada.

5ºNo se cuestionó en ningún caso en el Pleno de la legalidad de la bonificación sino su oportunidad política.

6ºNinguno de los discrepantes impugnó en vía administrativa ni contencioso administrativa, la decisión del Pleno de 3.4.2009.

7ºPor tanto ningún organismo superior ha formulado tacha de ninguna clase al referido Pleno.

Juan Miguel no pudo siquiera intervenir en el Pleno y por tanto no pudo dar instrucciones a nadie ni participar en las decisiones que se acordaron.

9ºIgualmente descarta ha de realizarse respecto de Alberto al ajustarse la decisión de 3.4.2009 de forma plena y absoluta a derecho.

10ºLa no exigencia del aval de 1.900.000 E tampoco constituye irregularidad administrativa.

El motivo deberá ser estimado.

1.- Como hemos dicho en SSTs. 238/2013 de 22.3 y 426/2016 de 19.5 , con cita auto TS. 49/2010 de 4.2 , el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Por ello -como expresa la STS. 941/2009 de 29.9 - el artículo 404 del CP , castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Se trata de una figura penal que constituye un delito especial propio, en cuanto solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos ( art. 24 CP ) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (v. arts. 9.1 y 103 CE ), de modo que se respete la exigencia constitucional de garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ( art. 9.3 CE ), bien entendido que no

se trata de sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder -esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público, ( SSTs. Sala 3ª de 20.11.2009 y 9.3.2010 ), que señala que *"La desviación de poder, constitucionalmente conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican ( artículo 106.1 de la Constitución ) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico..."* o como sintetiza la jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), señalando al efecto que la misma concurre *"cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso"*.

Ahora bien no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales de orden contencioso administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última "ratio". El principio de intervención mínima implica que la sanción penal solo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretende proteger, como ha puesto de relieve repetidamente esta Sala, al declarar que "el Derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia al Derecho Penal, en cuanto el ius puniendo debe constituir la última ratio sancionadora.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito ( STS núm. 766/1999, de 18 de mayo ). Insiste en estos criterios doctrinales la STS. 755/2007 de 25.9 al señalar que no es suficiente la mera ilegalidad, pues ya las normas administrativas prevén supuestos de nulidad controlables por la jurisdicción contencioso- administrativa sin que sea necesaria en todo caso la aplicación del Derecho Penal, que quedará así restringida a los casos más graves. No son, por tanto, identificables de forma absoluta los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación, o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos ( STS núm. 76/2002, de 25 de enero ). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública



conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Este mismo criterio ha sido seguido posteriormente en otras sentencias, tal como la STS. 627/2006 de 8.6 , en la que se dice que: ...La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2.003 y de 24 de septiembre de 2002 , exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente" "esperpéntica", etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP (1.995) se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002 , con mayores indicaciones jurisprudenciales), esto es debe ser más propiamente analizada bajo el prisma de una actuación de interpretación de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3 .

Además, es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo , como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo ( STS. 443/2008 de 1.7 ).

Por ello, la exigencia típica de que el funcionario público haya dictado la resolución de que se trate "a sabiendas de su injusticia" permite excluir del tipo penal aquellos supuestos en los que el funcionario tenga "dudas razonables" sobre la injusticia de su resolución; estimando la doctrina que en tales supuestos nos hallaríamos en el ámbito del Derecho disciplinario y del derecho administrativo-sancionador, habiendo llegado algunas resoluciones judiciales a excluir de este tipo penal la posibilidad de su comisión por dolo eventual ( SSTs de 19 de octubre de 2000 y de 21 de octubre de 2004 ).

En definitiva será necesario: en primer lugar, una resolución dictada por *autoridad o funcionario* en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, *ilegal* ; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede *manifestarse* en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un *resultado* materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la *particular voluntad* de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

2.- En el caso analizado la sentencia recurrida estima, en síntesis, concurrente la desviación material y el carácter arbitrario del acuerdo de bonificación con reducción del 50% sobre la cuota resultante de aplicar el tipo impositivo sobre las bases estimadas para la liquidación del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras, al hacerse sin cobertura normativa que amparara dicha bonificación, dado que la obra no reunía ninguna de las condiciones establecidas en la Ordenanza Municipal dictada en desarrollo de la habilitación que para ello procede del art. 103-2 a) del RD. Legislativo 2/2004 de 5.3, que aprobó el Texto Refundido Ley reguladora de las Haciendas Locales. Rechaza la posibilidad de aplicación directa de este art. 103.2 a) pues supondría desconocer la ordenanza municipal que establece las clases de bonificaciones en sus concretos términos.

Destaca la infracción formal del procedimiento que se advierte desde el inicio del expediente del acuerdo de bonificación, al ser indispensable la previa solicitud del interesado, sin que conste en el expediente de

la liquidación, solicitud alguna en tal sentido ni tampoco de catalogación de las obras como de especial interés y utilidad municipal, que debió hacerse al tiempo de presentarse la autoliquidación del impuesto. Consecuentemente estima concurrentes las exigencias jurisprudenciales sobre la resolución injusta para su encaje en la prevaricación, al haberse aprobado una resolución de una bonificación que bajo ningún método interpretativo admitido tendría cabida en la ordenanza fiscal nº 6 del Ayuntamiento de Lloret de Mar, ni acudir a la cobertura del art. 103 a) del texto refundido Ley Haciendas Locales .

Y además de su ilegalidad manifiesta, la injusticia material de la bonificación procede del hecho de que nunca antes, a nadie, le había sido reconocida una bonificación similar en liquidación de este mismo tributo para obras de la naturaleza de las licenciadas a DDC, que además respondían a un Convenio Mixto con la propia Corporación, en función del cual parte de las obras ejecutadas debiera revertir al Municipio, lo que en este caso ya había sido compensado en el mismo Convenio mediante la cesión de terrenos de titularidad municipal en los que se autorizaban varias edificaciones a desarrollar inicialmente por Zulueta, según el Convenio, y después de la subrogación por DDC, por lo que la bonificación acordada ascendente a 133.754,23 E, no le reportaba beneficio alguno.

Y en el plano subjetivo entiende la sentencia que los acusados eran conscientes de la injusticia de la resolución, lo que deduce del acuerdo alcanzado entre los dos recurrentes Juan Miguel y Alberto , con el coacusado Arcadio en relación al acuerdo alcanzado para el patrocinio de este último de los equipos de hockey y fútbol, y las contrapartidas que hubo de asegurarle el responsable municipal con ocasión de las obras de la construcción a realizar por su empresa DDC en la plaza de toros, en beneficio de aquel y contra los intereses del municipio, como permitir el inicio de las obras sin haber cumplido las condiciones impuestas en el acuerdo que en que otorgaba la licencia y sin obligar a DDC a depositar el aval de 1.900.000 E. Así como la apariencia de legalidad formal con la aportación previa de unos informes favorables con la bonificación, cuando nadie había instado en la bonificación en la catalogación de las obras, lo que solo pudo ser debido a la activa gestión del acusado Juan Miguel , sin que sus autores, interventor municipal y Secretario municipal en el plenario logaran dar una explicación aceptable ni razonable del cambio de sus informes.

3.- Argumentación de la Sala que debe ser analizada partiendo del marco normativo regulador de la bonificación cuestionada, que estaba constituido por:

1º El art. 103 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales , Real decreto Legislativo 2/2004 de 5.3, que establece:

"2.- Las ordenanzas fiscales podrán regular las siguientes bonificaciones sobre la cuota del impuesto:

a) una bonificación de hasta el 95 por 100 a favor de las construcciones, instalaciones u obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo que justifiquen tal declaración. Corresponderá dicha declaración al Pleno de la Corporación y se acordará, previa solicitud del sujeto pasivo, por voto favorable de la mayoría simple.

Y el último párrafo de referido precepto, completa el marco legal básico, al indicar que: "La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales, de las bonificaciones a que se refiere este apartado se establecerán en la Ordenanza Fiscal.

En el caso que nos ocupa la ordenanza fiscal nº 6, vigente, en el momento de los hechos, en Lloret de Mar, en su art. 4 disponía:

"1º.-Se establece una bonificación de hasta el 95 por 100 de la cuota del impuesto a favor de las construcciones, instalaciones u obras de las cuales sean propietarias o promotores de Administraciones públicas, organismo autónomos y sociedades mercantiles de capital íntegramente público, destinadas a la promoción de viviendas protegidas, viviendas tuteladas, construcción de centros de asistencia primaria, escuelas u otras construcciones de centros de asistencia primaria, escuelas u otras construcciones que sean de especial interés municipal".

Así mismo se establece una bonificación del 50% para:

a) Las obras de reparación y embellecimiento de fachadas, paredes, tabiques al descubierto, y en general, cualquier obra de este tipo que afecte a elementos exteriores, si se realizan dentro de los términos y condiciones fijadas en las ordenanzas municipales de edificación o cualquier normativa específica.

b) Las obras interiores de los edificios y conjuntos incluidos en el Plan Especial de protección de edificios y conjuntos históricos artísticos previsto en la correspondiente ficha del catálogo, excepto las obras de ampliación.

c) las obras que se realicen para la reparación de inmuebles afectadas por patologías estructurales (aluminosis, carbonatación o similares) previo informe de los servicios técnicos municipales.

Para disfrutar de estas bonificaciones será indispensable, previa solicitud del interesado, que el Pleno Municipal por voto favorable de la mayoría simple de sus miembros, declare expresamente que la obra, construcción o promoción es de especial interés o utilidad municipal para concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas

y de fomento de la ocupación que así lo justifiquen.

Este acuerdo u obviará en los supuestos en que el Pleno Municipal hubiera aprobado una normativa específica que contemple las características de las obras a bonificar.

El otorgamiento de esta bonificación requiere solicitud expresa del sujeto pasivo, que deberá presentarla junto con la autoliquidación del impuesto y la declaración de especial interés municipal.

4.- De la anterior normativa y la estimación del motivo precedente en los términos que se ha concretado, lleva a esta Sala casacional a no compartir la incardinación de los hechos en el tipo del art. 404 CP .

a) En primer lugar hubo una solicitud de fecha 2.3.2009 por parte de DDC interesando una reducción de la liquidación provisional de la cuota tributaria ascendente a 267.508,46 E, del impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras (ICIO), en proporción estimada en correspondencia al porcentaje de edificación que debía revertir, según el Convenio suscrito el 29.5.2006 por el acusado Juan Miguel , en su calidad de Alcalde y representando al Ayuntamiento de Lloret de Mar, con la mercantil Zulueta SL. -Convenio en el que se subrogó la entidad DDC, que adquirió la finca afecta al Convenio en 29.5.2007, siendo aceptada tal subrogación por la Junta de Gobierno Local en acuerdo de 3.8.2007, al Ayuntamiento de Lloret.

Esta solicitud pasó a la Información de la Unidad de Inspección de Tributos del Ayuntamiento, informando el interventor y el Jefe de inspección con fecha 20.3.2009, que sin perjuicio de que la construcción no estaba comprendida en ninguno de los supuestos de bonificación con normativa específica, debía someterse a las consideraciones de lo que dispone el art. 103.2 del RDL 2/2004 de 5.3 , y que amplían los requisitos para la aplicación de la bonificación establecida en el art. 103.2 indicando y que conforme a la legalidad vigente era posible declarar de interés o de utilidad municipal la construcción objeto del expediente de obras a los que nos referimos y que de ser así podía bonificarse la obra en un 50%, debiendo entonces rectificar la liquidación realizada inicialmente por el Ayuntamiento.

Asimismo hubo otro informe del Servicio Técnico del Área de Urbanismo de fecha 24.3.2009, emitido por la arquitecta Municipal consignando las superficies que se cederían al Ayuntamiento y cuál era el presupuesto de esa construcción que recaería de propiedad municipal.

Con estos informes, el concejal Don. Primitivo , alcalde en funciones por enfermedad del acusado Juan Miguel , propuso el 27.3.2009, a la Comisión Informativa de las Áreas de Servicios Centrales de Seguridad y Vía Pública declarar la obra de utilidad municipal, conceder una bonificación del 50% y confeccionar una nueva declaración. Comisión Informativa que se pronunció favorablemente.

Propuesta de bonificación que fue llevada al Pleno del Ayuntamiento, en 3 de abril de 2009, que por mayoría de sus integrantes entre los que no estuvo el acusado Juan Miguel , por enfermedad, tras la defensa de la propuesta que realizó el acusado Alberto , concejal de obra, acordó declarar de interés o utilidad municipal la construcción objeto del expediente y concederle una bonificación del 50%. Acuerdo Municipal que no fue objeto de impugnación alguna.

b) Respecto a la infracción procedimental de ausencia de la previa solicitud por el interesado de la bonificación y de la catalogación de la obra como de especial interés, conviene resaltar, como recordábamos en SSTs. 49/2010 de 4.2 y 259/2015 de 30.4 , que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones ( SSTs. 18/2014 de 13.1 y 152/2015 de 24.2 , entre otras).

En efecto el procedimiento administrativo tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y al mismo tiempo una



finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate.

Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando "... omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución ". ( SSTS núm. 743/2013 de 11.10 , 18.2014 de 13.1, 152/2015 de 24.2 ).

5.- En el caso que se analiza estas consecuencias no se producen aquella exigencia de que la solicitud la haga el interesado tal como expone el voto particular de la sentencia debe entenderse en sus justos términos que no sea de oficio, sino rogada, pero resultaría excesivo interpretar la norma en el sentido de que la parte interesada deba instar el interés municipal y las consecuencias económicas, cuando dicha parte, ante la liquidación que le fue practicada solicitó "una reducción del impuesto de la licencia de obras" en proporción estimada en correspondencia al porcentaje de edificación que según el Convenio debía revertir al Ayuntamiento. A tal petición se le dio un trámite como recurso de reposición contra la resolución y estableció la liquidación del impuesto, y tras diversos informes técnicos favorables a aquella bonificación, el Pleno Municipal, por mayoría simple, acordó el 3.4.2009 declarar de utilidad e interés público la construcción objeto del expediente y concederle una bonificación del 50% de la cuota tributaria del impuesto de construcción. Acuerdo que dio lugar a la anulación de la liquidación anterior y a la realización de una nueva reducida en 133.754,32 y que dictado por el órgano competente y con la mayoría prevista legalmente, art. 103.2 TRLHL y arts. 4 , 22 , 46 , 47 y 106, Ley 7/85 de 2.4 , reguladora de las bases del Régimen Local no fue objeto de recurso alguno.

Consecuentemente el acuerdo de bonificación fue dictado por órgano competente, sin que en el procedimiento llevado a cabo para su adopción, se constaten irregularidades procesales tan relevantes como para determinar su nulidad -y en cuanto al propio contenido material de la resolución es cierto que si la obra no está comprendida en la normativa específica, ordenanza Fiscal 6 Ayuntamiento es discutible la aplicación directa de las disposiciones del art. 103.2 a) del Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5.4 , pero teniendo en cuenta que el interés general de la finca DIRECCION000 " se deduce de los términos del Convenio suscrito entre el Ayuntamiento y la entidad Zulueta SL, el 15.5.85, conforme al Plan General de Ordenación de Lloret de Mar aprobado el 15.5.1985 y el Plan Urbanístico Municipal aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 21.11.1005 y que en relación a la titularidad de las fincas a las que puede alcanzar la bonificación del 50% del ICIO, según la normativa aplicable, ordenanza municipal y art. 103 TRLHL, además de obras de titularidad pública, alcanza a las obras de titularidad privada que sean de especial interés municipal, de ahí la exigencia de que el Pleno Municipal declare el especial interés público de la obra, exigencia que, como precisan los recurrentes, solo tiene sentido si se admite que dentro de esas bonificaciones se incluyen obras de titularidad privada, pues toda obra de titularidad pública lleva aparejado el interés público. Ello es así porque lo determinante para la bonificación es la realización de instrucciones, instalaciones y obras que sean declaradas de especial interés o utilidad municipal por concurrir circunstancias sociales, culturales, histórico artísticas o de fomento del empleo, por lo que es la realización de las obras la actividad que constituye el hecho imposible no la propiedad o la titularidad del terreno o la obra, aquella interpretación, avalada por los informes a que se ha hecho referencia, no puede calificarse de jurídicamente inaceptable bajo ningún concepto.

En consecuencia no puede sostenerse, como afirma la sentencia recurrida, que la posible contradicción con el derecho del acuerdo de bonificación se manifieste tanto en la omisión de tramites esenciales del procedimiento como en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de una entidad tal que no pueda ser aplicada con una argumentación técnico jurídica mínimamente razonable.

Lo razonado conlleva la estimación del motivo y la absolución de los recurrentes del delito de prevaricación administrativa.

**SEXTO: El motivo sexto al amparo del art. 849.1 LECrim , por infracción de Ley por entender aplicados de forma indebida los arts. 421 y 423 CP .**

La sentencia impugnada considera que los hechos que consignaba el Ministerio Fiscal

en los apartados A, B y C de su escrito de acusación relativos al viaje a Rusia, el reloj recibido y el patrocinio de los clubs de futbol y hockeyson incardinables en las conductas tipificadas en los arts. 421 y 423 CP , redacción anterior reforma CP. 2010. El motivo considera que no se dan los presupuestos de aquellos

tipos penales al no haber habido lesión a la recta imparcialidad en el ejercicio de la función pública. No hay relación causal entre el patrocinio y las exigencias a los funcionarios y no consta existencia de contraprestación por dicho patrocinio.

La sentencia no considera aplicable el tipo del art. 420 por cuanto las dádivas no fueron por realizar un acto injusto en el ejercicio de su cargo "sino precisamente por abstenerse de un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo", lo que integra la conducta del art. 421, dado que los acusados permitieron la realización de las obras sin que cumplieran las exigencias que la propia administración municipal había establecido al otorgar la licencia. Ambos, uno en calidad de alcalde y otro como concejal responsable del área de obras, estaban obligados a hacer cumplir sus propias disposiciones e impedir que se ejecutara la obra sin cumplimiento de los requisitos establecidos: pacto de declaración de obra nueva en construcción, división horizontal y entrega de los espacios que debían corresponder al municipio, aval de garantizar el buen fin de la obra. Esta abstención es omisión típica que integra el art. 421 CP, y el 423 por lo que afecta al cohecho activo.

Aunque todas las dádivas tienen una finalidad inicialmente determinada, la realidad es que la principal fue la de patrocinio con relación a Juan Miguel el regalo del viaje a Rusia con la familia, y el reloj; siendo sus acciones diferenciadas destinadas a procurar condiciones favorables en la construcción o agradecer las realizadas, conductas que concurriendo los demás elementos integran la continuidad delictiva ( art. 74 CP ).

Los recurrentes discrepan de tales afirmaciones significando que no concurre ninguno de los elementos del tipo: no constan los actos que ninguno de estos acusados pudiera o recibiera dádiva prometida, por, al parecer, Petrov. El aval estipulado en la cláusula 4ª del Convenio era potestativo y a requerimiento de la propiedad, no impuesta por el ordenamiento jurídico. Además el 4.4.2011 se otorgó escritura pública de obra nueva y división horizontal. El 14.4.2011 se recepcionó el aparcamiento público en subterráneo. El 20.4.2011 se firmó el documento administrativo de cesión administrativa de los elementos 1,4,5 quedando solo por recepcionar el 2, ya que el 3 era privado. Por lo que el Ayuntamiento ya había recibido el 56,39% de la obra cuyo valor era superior al importe del aval, por lo que la prestación del aval devenía ya innecesario pues la obra que se pretendía garantizar ya estaba satisfactoriamente ejecutada.

Y concluye en consecuencia con lo anterior que:

1. No se interesó ni recibió dádiva.
2. No existió nunca dádiva.
3. Tampoco se ofreció o prometió dádiva, que no existió siquiera.
4. No hubo acto alguno en el que abstenerse.
5. No tenían competencia al efecto.
6. No hay acto injusto alguno llevado a cabo pues se observó y siguió en todo momento, la legalidad vigente.

1º El desarrollo del motivo hace necesario efectuar unas consideraciones previas en relación a los delitos de cohecho regulados en el capítulo V del Título XIX, arts. 419 a 427 CP, redacción anterior reforma LO. 5/2010 de 22 junio, delitos que se adentran en las tipologías cercanas a lo que en el ámbito común se denomina corrupción o soborno en la esfera de la función pública, fenómeno que es tan antiguo como la propia existencia de la Administración.

El tipo de corrupción a que nos referimos se enmarca dentro de las relaciones económicas existentes entre el sector público y el privado, en el intercambio de favores entre funcionarios y particulares, sin desconocer que cuando las relaciones personales e institucionales entran en juego la línea divisoria entre lo que son actuaciones legales y lo que son conductas guiadas por la corrupción es bastante difusa y complicada y mucho más, de regular.

El delito de cohecho protege ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a estos ( STS. 27.10.2006 ). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no solo la rectitud de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal.

Desde esta perspectiva se puede afirmar que la finalidad perseguida por el legislador al tipificar las diferentes conductas es atender no sólo la tutela del principio de imparcialidad en el ejercicio de las funciones

públicas, que es común a todas las modalidades del cohecho, sino también a la defensa del principio de legalidad en la actuación administrativa.

Asimismo los delitos de cohecho han sido estudiados doctrinalmente desde diferentes clasificaciones. A efectos sistemáticos y de orientación normativa, se pueden destacar: a) **cohecho activo y pasivo**, el primero es el cometido por el particular que corrompe o intenta corromper al funcionario público o autoridad con sus dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. El segundo es el realizado por el funcionario que solicita, recibe o acepta el soborno.

b) **cohecho propio e impropio**, el primero se relaciona porque su finalidad es la consecución de un acto propio del cargo contrario al ordenamiento jurídico. En el segundo el acto es también propio del cargo, pero adecuado al ordenamiento jurídico.

c) **cohecho antecedente y subsiguiente** en el antecedente el soborno se realiza antes de adoptarse el acto administrativo correspondiente. En el subsiguiente, el soborno o intento de soborno se concreta una vez que se ha producido el acto propio.

Bien entendido que la homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho ha sido expresamente proclamada por la jurisprudencia. La posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real, en cuanto que el bien jurídico que traten de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Como señala la STS. 362/2008 de 13.6 una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir, con instrumentos penales, todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho. La STS. 692/97 de 7.11, estimó tal homogeneidad entre los arts. 420 y 426, pues los elementos de un tipo están incluidos en el otro de manera que no puede decirse que el acusado haya quedado indefenso.

En el caso que analizamos la sentencia de instancia incardina los hechos probados, apartados 1,2,3,4 y 7 en un delito continuado de cohecho del art. 421, modalidad de cohecho pasivo propio, además de los recogidos en los arts. 419 y 420.

Estos cohechos pasivos propios tienen como elementos comunes: a) los sujetos activos vienen determinados por la especial condición de autoridad o funcionario público; b) que actúan en el ejercicio de su cargo, no siendo exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo.

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ella relacionada ( STS. 4.4.94 ).

La participación en el delito de cohecho no requiere que el partícipe tenga la posibilidad de infringir un deber propio del funcionario. Ello sólo se le exige al autor. Tal es la doctrina del Tribunal Supremo: el no cualificado (extraneus) puede ser partícipe en el delito del cualificado (intraneus). El extraneus que colabora con el autor de un delito de infracción de deber doloso realizando la acción constitutiva del tipo penal para beneficio del intraneus ejecuta, por regla general, un comportamiento que reúne todos los requisitos de la cooperación necesaria, entendiéndose que la condición de funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa y porque se rompería el título de imputación.

Las conductas que se recogen en este grupo de delitos son solicitar, recibir y aceptar. Solicitar es pedir, supone una declaración unilateral de voluntad dirigida a otra persona, por la que, en este caso, el funcionario o autoridad pide recibir una dádiva o presente para realizar a cambio un acto en el ejercicio de su cargo.



La petición puede ser de manera expresa o tácita, oral o escrita, por sí o por persona interpuesta, y por el propio significado de verbo no se requiere un real acuerdo entre el funcionario o autoridad y el tercero, solo la manifestación externa de la voluntad por parte del sujeto.

Recibir es tomar uno lo que le dan o envían; en consecuencia, el funcionario o autoridad toma la dádiva o presente y aquí si se produce, a diferencia de la forma anterior, un previo acuerdo entre el funcionario -a sancionar por éste tipo- y el tercero -a hacerlo por cohecho activo, art. 423-

Aceptar es recibir alguien voluntariamente lo que se le da, ofrece o encarga, en este caso hay que unirlo al ofrecimiento o promesa, y será recibir el ofrecimiento de algo o su promesa de futuro. El acuerdo supone para el funcionario o autoridad la obtención de ventajas en el futuro.

El tipo no exige que la ilícita contraprestación del funcionario sea inmediata, bastando que se produzca a cambio de la dádiva. Si esta se entregó antes de que deviniera funcionario y la contraprestación se hizo cuando ya lo era, se comete este delito ( STS. 870/97 de 10.1 ).

En cuanto a los medios empleados, el tipo se refiere a dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas

Se plantea en la doctrina si los medios empleados han de tener un contenido exclusivamente patrimonial o admiten otras dimensiones como favores sexuales, amistad, participación en ámbitos de influencia, relaciones, etc.

Dádiva es cosa que se da graciosamente; presente obsequio, regalo; ofrecimiento, decir o exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a dar o pagar; promesa, expresión de voluntad de dar o hacer algo. La cuantía de dichos medios no viene expresamente establecida por lo que cabe entender que puede ser cualquiera, aunque como se señala por la doctrina habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad de corromper, con exclusión de los claramente insignificantes.

Ahora bien la persona beneficiada puede ser tanto el funcionario público como alguien de su familia o incluso un tercero, pero éste ha de estar vinculado de alguna manera al sujeto principal, esto es, siempre que el funcionario obtenga de algún modo un goce o beneficio de ello ( STS. 84/96 de 5.2 ).

2.- Y respecto al concreto delito del art. 421 ( **cuando la dádiva solicitada, recibida oprometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo...**) el alcance de la omisión hay que situarlo en una omisión injusta no delictiva, porque dicha posibilidad ya es acogida por el art. 419. En este tipo de cohecho la injusticia no se predica de un acto sino de la propia omisión en tanto es producto de la corrupción de la autoridad o funcionario, de suerte que el acto de que este promete abstenerse es totalmente lícito puesto que forma parte de todo aquello que su cargo le obliga a ejecutar. Esta pluralidad de los actos posibles, cuya omisión da lugar al tipo podría explicar que alguna vez, no fuese tan concreto el acto injustamente omitido como el que realiza -o se promete realizar- en el tipo de cohecho previsto en el art. 420, del que el art. 421 se presenta como recurso omisivo y cuya atenuación penológica fue tan criticada por la doctrina.

3.- Aplicando las anteriores consideraciones al caso concreto, la sentencia de instancia considera tres actuaciones que conforman dádivas: 1º Viaje a Rusia del acusado Juan Miguel con su familia; 2º Reloj entregado por el acusado Arcadio a Juan Miguel ; y 3º Patrocinio de los clubs de hockey y futbol por Petrov. Todas ellas imputadas al acusado Juan Miguel como delito continuado de cohecho art. 421, y solo la última a Alberto .

Entiende que las dos primeras: invitación que el acusado Arcadio hizo al acusado Juan Miguel y a su familia de un viaje a Rusia (febrero 2008), y la posterior del regalo del reloj (10.9.2010) encajan en el concepto más tradicional de regalo y considera que aun cuando la cuantía de ambos no resulte especialmente relevante y pudiera pretenderse que se integran en un acto de cortesía delitos de los que son relaciones personales, la naturaleza del primero, un viaje familiar, cuyo importe total ascendió a 5.000 E, y la cuantía del segundo 2.200 E, excede lo que puede entenderse como aceptable en un marco de adecuación social.

Razonamiento correcto. Así hemos dicho en STS. 323/2013 de 23.4 , por regalo habría que entender objeto de valor material (económico) más o menos grande "pero suficiente para descartar toda idea de afección" independiente del valor económico del regalo, lo fundamental para este sector doctrinal es que las circunstancias se hagan desear toda idea de afecto, inclinación o apego, si estas fueran descartables, cualquiera que sea el valor de la cosa -siempre que la tuviera- bastaría para que fuera aplicable la máxima de que la "justicia o ofende etiam uno nummo" (aún por un solo céntimo).

Otros autores señalan, sin embargo, que en caso de regalos cuya cuantía sea moderada o de lo que en los usos sociales se consideran forma habitual de relación amistosa, el precepto no debiera ser aplicado por más que el regalo se realice en consideración a su función por faltar la voluntad de corromper, no pudiendo hablarse de tales supuestos de retribución por un acto del cargo sino de pequeños obsequios hechos a título de mera cortesía.

En este sentido parece, en efecto, ilógico estimar que un regalo de ínfimo valor pueda influir en el cumplimiento de los deberes del funcionario o autoridad, a tal respecto deben tenerse presente las exigencias de la adecuación social, conforme a las cuales conducta socialmente adecuada es la conducta tolerable en la sociedad, porque se la estima normal en un determinado orden social histórico; la conducta socialmente tolerada no constituye una acción ejemplar o plausible, sino que se limita a representar un comportamiento no sujeto a reprobación social.

4.- En cuanto a la incardinación del patrocinio como dádiva, ya hemos explicitado en el motivo cuarto los indicios que han llevado a la Sala de instancia a dar por probado que el acuerdo de patrocinio entre los acusados Juan Miguel , Alcalde y Arcadio , constructor, estaba predeterminado a la facilitación de la obra Plaça dels Braus, de forma no determinada en aquel momento, de ahí la necesaria participación del tercer acusado Alberto , concejal de obras, y que se concretó sin permitir ambas, sino como alcalde y otro como concejal de obras en permitir la ejecución de la obra, sin que se cumplieran las exigencias que la propia administración municipal había establecido al otorgar la licencia.

Siendo así el contenido económico del patrocinio no ofrece dudas, su importe fue de 90.000 E, entregándose por Petrov en total de 270.000 E, entre 2007 y 2.010, y si bien tuvo una contraprestación económica (publicidad en las camisetas y rótulos de los campos deportivos de los clubs) y los destinatarios directos no fueron los recurrentes sino los equipos de futbol y jockey, ya hemos indicado, de una parte, que el beneficiario del cohecho puede ser también un tercero, siempre que esté vinculado de alguna manera con el sujeto activo, y de otra, que la dádiva, ante la falta de concreción del Código, puede tener también un contenido inmaterial. Y en el caso presente, la esposa del acusado Juan Miguel era la vicepresidente del equipo de hockey, y el acusado Alberto el presidente del equipo de futbol, y el reconocimiento social y político que tal patrocinio comportó a los acusados, que es destacado por la sentencia recurrida, resulta evidente en cuanto a las objeciones de los recurrentes sobre la no necesidad del aval y el cumplimiento por parte de la constructora de todas las condiciones de la obra. Con independencia de que la sentencia recurrida llegue a conclusiones contrarias, ello no tendría la incidencia que se pretende para la subsunción de los hechos en el art. 421 CP , por cuanto esta Sala tiene declarado; SSTs. 7.11.2001 , 22.6.2002 , 6.6.2008 , 2.4.2009 , que cualquier que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera "solicitud" u "ofrecimiento" de la dádiva "sin que sea necesario para la sanción ni la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación.

En efecto la consumación en los casos de cohecho pasivo propio el tipo delictivo se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento a la promesa, en la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación ( SS. 776/2001 de 8.5 , 1114/2000 de 12.6 ). No es tampoco preciso para la consumación en definitiva, que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento que de él se pretende no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto injusto.

Por lo que aun admitiendo hipotéticamente la innecesariedad del aval y que en la ejecución de las obras las omisiones de los recurrentes no fueran especialmente relevantes, ello no afectaría a la consumación del delito. La magnitud de la ilicitud de la acción -u omisión- que el funcionario promete es una cuestión ajena al tipo penal, pues de ella no depende la lesión del bien jurídico, si no la gravedad de la culpabilidad del autor, en tanto se refiriese a la mayor reprochabilidad de la motivación de éste y a la mayor intensidad de la deslealtad a la función estatal que le ha sido confiada. La gravedad de la pena dependerá de la importancia de la infracción del deber funcional valorada desde la perspectiva del orden jurídico.

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

#### **RECURSO DE Arcadio y DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY S.L. (R.C.S)**

**SEPTIMO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , al haberse vulnerado el art. 24 CE , derecho a la presunción de inocencia, al no considerarse**

**suficientemente acreditados, a través de la prueba de cargo suficiente y legítima, los hechos declarados probados en sentencia.**

El motivo cuestiona la conclusión de declarar probados los delitos tanto de prevaricación como de cohecho, desde el punto de vista de la lógica, al no resultar lógico que para obtener una bonificación del impuesto por 135.000 E, se entreguen dádivas por valor de 277.200 E. Así como la existencia de prueba de cargo sobre la existencia de cláusulas que integrarían el delito de cohecho. El patrocinio se acordó en el año 2007 y el viaje a Moscú en el año 2008 y no es sino año y medio después, a mediados de 2009, cuando se produce la bonificación. Y la entrega del reloj tiene lugar en el 2010, en fecha posterior a la resolución y vinculado a una justificación social, el cumpleaños de Juan Miguel .

El motivo, en lo que se refiere al delito de cohecho, debe ser desestimado.

En efecto retomando la doctrina jurisprudencial expuesta al analizar el motivo cuarto del recurso de los anteriores acusados sobre la presunción de inocencia y su alcance en casación, debemos solo insistir en que el ámbito de conocimiento de la Sala de casación cuando se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia, queda delimitado por estos tres aspectos:

1) La comprobación de si el juzgador de instancia contó con suficiente prueba de cargo, aunque fuese mínima para dictar un fallo condenatorio. Ello integra la afirmación de que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal, corresponde exclusivamente a la parte acusadora, sin que le sea exigible a la defensa una *probatio* diabólica de los hechos negativos. 2

2) La comprobación de que tales pruebas se han obtenido sin violar los derechos fundamentales, lo que las haría inválidas a los efectos probatorios, debiendo estar incorporadas dichas pruebas con respeto a los principios de inmediación y contradicción, a salvo de lo previsto en la prueba preconstituida en los casos permitidos en la Ley.

3) Constatación de la racionalidad de las deducciones y conclusiones alcanzadas por la Sala sentenciadora, lo que es de la mayor importancia en los supuestos de prueba indiciaria.

Por ello el control que compete a esta Sala 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* ". De modo que 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" ( SSTC. 8/2006 de 16.1 , 92/2006 de 27.3 ).

En el caso presente partiendo de que el patrocinio y demás dádivas no tenían como finalidad -o por lo menos no exclusiva- de obtener la rebaja o bonificación del impuesto, sino que los acusados permitieran que la obra se ejecutase sin cumplirse por el recurrente las garantías estipuladas en el Convenio, ya hemos analizado en el motivo cuarto la prueba de cargo suficiente constitucionalmente obtenida, legalmente practicada y razonablemente valorada en orden a la realidad de las dádivas y su finalidad, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto al desestimar el mismo.

No obstante lo anterior en relación al delito de prevaricación, por el que es condenado Arcadio como cooperador necesario, al haberse razonado en el mismo motivo la debilidad de la prueba tenida en cuenta por la Sala para conformar el apartado 5 del relato fáctico, debemos llegar a idéntica conclusión respecto a este recurrente, estimándose el motivo en este extremo.

**OCTAVO: El motivo segundo por infracción de Ley penal al amparo del art. 849.1 LECrim , concretamente del art. 404 del CP , por indebida aplicación del delito de prevaricación por el que se condena al recurrente.**

Siendo el motivo similar al articulada en quinto lugar por los anteriores recurrentes, la estimación de este y la absolución de los autores materiales de la prevaricación debe conllevar la de este recurrente, particular, condenado como cooperador necesario, dando por reproducidos los argumentos ya expuestos en orden a



que la antijuricidad tipificada como prevaricación va más allá de la posible ilicitud o contradicción entre la resolución adoptada por el sujeto activo y el Derecho, exigiéndose que la propia voluntad de este se convierta en impropia frente a una norma particular ( STS. 343/2005 de 17.3 ), resolución en modo alguno defendible con argumentos jurídicos defendibles, lo que no concurre en el caso analizado.

El motivo consiguiente, deberá ser estimado.

**NOVENO: El motivo tercero por infracción de Ley penal al amparo del art. 849.1LECrim , concretamente, art. 423 CP , por indebida aplicación del delito de cohecho por el que el recurrente es condenado.**

El motivo insiste en lo ya argumentado en el motivo primero. Que el viaje a Rusia y el regalo del reloj son anteriores a la bonificación recibida falta la conexión temporal, y sin que la imparcialidad den la actuación administrativa en el momento en que se realizó el acto quedara materialmente afectada y son conductas atípicas por el principio de adecuación social.

El motivo se desestima.

El recurrente ha sido condenado como autor del delito de cohecho activo, art. 423.1 "los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas que estos". Este tipo de cohecho es la respuesta legislativa a la necesaria participación de otra persona distinta al funcionario o autoridad en el cohecho. Es como lo denomina la doctrina, el reverso del cohecho pasivo, y el núcleo de su estructura gira en torno a los verbos corromper o intentar corromper.

**Corromper** ha de entenderse como sobornar, depravar o permitir patrimonialmente a alguien, en este caso a la autoridad o funcionario. **Intentar corromper** es procurar o pretender conseguir estos objetivos en la autoridad o funcionario. La amplitud de los conceptos empleados dirige, como se ha dicho, a los arts. 419, 420 y, no este caso, art. 421.

Sujeto activo puede serlo cualquiera, tanto el particular como el funcionario que no cuenta entre sus funciones la de realizar el acto objeto de los medios comisivos. Estos, al igual que en los tipos de referencia, son dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas. Ahora bien la responsabilidad de cada orden de autores por el delito por ellos específicamente cometidos no excluye ni absorbe la responsabilidad del otro por el delito de cohecho que le es propio. Esto es, cada grupo responde de su propio delito -el cohecho activo o pasivo- sin que le sea aplicable las reglas de la coparticipación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición -solicitud, sin que sea exigible un pacto o consumo corruptor-.

Siendo así en el motivo sexto de los articulados por los coacusados Alberto y Juan Miguel ya analizamos las cuestiones planteadas sobre la idoneidad del viaje a Moscú y el regalo del reloj, siendo el patrocinio de los clubs de futbol y hockey para configurar el concepto de regalo o dádiva que tienen un significado similar, debiendo recordarse que según el Diccionario de la RAE, dádiva es una cosa que se da gratuitamente, mientras que el regalo se refiere a una dádiva que se hace voluntariamente o por costumbre. Al

respecto a tenor de la STS. 13.6.2008 , la expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo (art. 426), es bien elocuente del deseo del legislador de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de su significado retributivo -es algo que se da gratuitamente- por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al receptor.

El motivo por lo expuesto, se desestima.

**DECIMO: El motivo cuarto por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ , y el art. 852 LECrim , se considera vulnerado el derecho ínsito en el art. 24 CE por indefensión.**

El recurrente considera que nos encontramos ante una investigación prospectiva, dado que durante cinco años al menos, en secreto ha sido investigado, sin criterio conocido y de modo general, por la Guardia Civil y fue el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el que así puso de relieve esta condición.

El motivo describe como se inicia investigación pericial sobre Arcadio y su entorno, los cuales constituyen empresas de dudosa actividad y realizan inversiones multimillonarias en el sector inmobiliario, y ningún hecho delictivo considerado delictivo por la acusación o la sentencia tiene lugar antes de la segunda mitad del año 2007, casi dos años después del inicio de esta vigilancia.

Y el origen del proceso tiene lugar por Diligencias de investigación del Ministerio

Fiscal de 31.1.2011 y las actuaciones judiciales por querrela del Ministerio Fiscal el 10.3.2011, en base a un informe elaborado por la Jefatura de Información de la Guardia Civil, en el que aparece que las investigaciones se iniciaron en el año 2006 y comprende toda clase de investigaciones, incluyendo seguimientos con reportajes fotográficos de vigilancias sobre personas, y recoge datos durante un periodo de cinco años, sobre Petrov, su familia, empresas y círculo de próximos.

Y es el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cinco años después de la iniciación de la pesquisa, quien emplea la expresión investigación prospectiva para calificar precisamente lo relativo a los hechos que son objeto de la sentencia impugnada. A continuación con cita de nuestro derecho histórico cita diversas sentencias Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo y artículos doctrinales obstativos a las investigaciones prospectivas.

El motivo, aun reconociendo el meritorio análisis jurisprudencial y doctrinal que realiza en orden a la crítica del sistema prospectivo, no debe ser atendido si el efecto pretendido es la absolución del recurrente.

1.-En efecto esta Sala es consciente que la investigación directa de los hechos relacionados con tramas de corrupción y posible blanqueo, por la propia naturaleza reviste una gran complejidad por la forma en que se generan y la maquinaria societaria e "ingeniería" financiera de la que normalmente van acompañados. Por ello la investigación directa de estos hechos con una función que es en parte inquisitiva y en parte acusatoria -dirigida frente a una determinada persona- decíamos en STS. 228/2013 de 22.3, es la que pueda considerarse integrante de una actividad instructora. Para ello la simple noticia criminis es suficiente para que se ponga en marcha la investigación judicial del delito ( SSTC. 169/90 , 32/94 ). La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos ( art. 299 LECrim ). El cumplimiento de tales fines, basados en un indudable interés público, hace que la Ley autorice con las garantías necesarias la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue. En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona, habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal de un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española.

Por ello es una manifestación del principio de oficialidad -o de necesidad o de legalidad- que el proceso penal debe comenzar cuando llega a conocimiento del Juez una conducta con apariencia delictiva, esto es, cuando tiene noticia, por cualquier medio típico o no de un hecho que reviste caracteres de delito, aunque se desconozca la persona de su autor. La razón de ser de esa manifestación descansa en el prevalente interés público en reprimir las conductas delictivas. Este interés explica, en efecto, que su tutela sea asumida por el Estado y consecuentemente, que la persecución de aquellas conductas se erija en deber para los órganos oficiales de la persecución penal - esta competencia originaria sobre las diligencias de investigación es compartida por el Juez en nuestro actual ordenamiento con otras autoridades, que puedan actuar por delegación suya, con la Policía Judicial, actuando bajo su dependencia o la del Ministerio Fiscal, y con el mismo Ministerio Público-.

Por tanto, la noticia criminis puede tenerse por un presupuesto o procedibilidad del proceso penal, en la medida en que éste condiciona su inicio a la existencia de un hecho o conjunto de hechos concretos y de fisonomía delictiva, bien entendido que debe tenerse en cuenta que el uso de los poderes inquisitivos que la LECrim, coloca en manos del Instructor puede abocar al descubrimiento de hechos distintos de aquellos que dieron lugar a la incoación del proceso y/o a la implicación de personas distintas de aquellas sobre las que inicialmente recayeron las sospechas. En estos casos aquellos poderes comprenderán también estos otros nuevos hechos, así como las posibles personas implicadas en su comisión.

En efecto, la pretensión de que desde el mismo acto judicial de incoación del procedimiento instructor queden perfectamente definidos los hechos sometidos a investigación, e incluso las calificaciones jurídicas de los delitos que pudieran constituir tales hechos, no es aceptable. La ley podría establecerlo así, impidiendo que los Juzgados de Instrucción instruyeran causas que no fueran planteadas mediante querrela; pero lo cierto es que la ley vigente permite incoar diligencias a partir de una mera denuncia, y tanto uno como otro de estos sistemas es compatible con los derechos del art. 24 C.E. ( SSTC 173/1987 , 145/1988 , 186/1990 , 32/1994 ).

Sólo cuando los hechos van siendo esclarecidos, en el curso de la investigación, es posible, y exigible, que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente ( SSTC 135/1989 , y 41/1997 ).

Interpretado contrario sensu, esto mismo permite sostener que sin notitia criminis no cabe iniciar un proceso penal, a menos que se defienda lo indefendible: la posible existencia de un proceso que no se proyecte sobre hechos aparentemente delictivos, o lo que viene a ser lo mismo, de un proceso sin objeto.

Esta posibilidad comporta -como ya hemos apuntado- además el riesgo evidente de que el proceso se instrumentalice al servicio de una investigación generalizada. En este punto la doctrina matiza que se trata de un riesgo, no de una consecuencia inexorable. Por ello, incoar un proceso faltando notitia criminis no siempre conduce a una causa general, pues tras esa ausencia puede no esconderse el propósito de llevar a cabo una investigación de la que, tal vez, surjan hechos punibles: El matiz, empero, no se da a la inversa, es decir, así como la iniciación del proceso faltando notitia criminis, no aboca necesariamente en una causa general, tras toda causa general late siempre constante la falta de notitia criminis.

El riesgo a que nos referimos es algo que ha sido destacado por el Tribunal Constitucional. Así en la STC. 41/98 de 24.2 , se señalaba que: "...acotar el campo de la instrucción, esencial para evitar el riesgo de una investigación generalizada sobre la totalidad de la vida de una persona", y también que el ámbito de la que el ámbito de la investigación judicial no puede alcanzar genéricamente a todas las actividades del impugnado, sino que ha de precisarse "qué concretos actos quedan sujetos a la instrucción judicial". Tampoco le es ajena al Tribunal Constitucional la conexión que existe entre una causa general y los requisitos que deben concurrir en los hechos sobre los que descansa la incoación y subsistencia de un proceso penal, pues a su juicio no hay "inquisitio generalis" allí donde el proceso descansa "en una sospecha inicial seria, basada en unos hechos concretos constitutivos de delito grave, y no en una pretendida búsqueda sin más, de posibles hechos que hubiera podido cometer el acusado" (ver STS. 12.1.2006 y STS. 3.12.2002 ).

2.- Siendo así en el caso concreto no se aprecia la vulneración denunciada. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña por auto de 16.5.2011 inadmitió a trámite la inicial querrela del Ministerio Fiscal de 2.3.2011 por la falta de objetivación de los hechos relativos al aforado Juan Miguel en relación al blanqueo y asociación ilícita imputados al recurrente Arcadio , al limitarse la querrela afectando solo al aforado a afirmar que se habían comprado voluntades pero sin indicar acción concreta alguna; ni enriquecimiento en el patrimonio del alcalde como consecuencia de tratos con empresas de Arcadio , ni los concretos regalos que había recibido Juan Miguel . Y por ello concluye que se pretende, en suma, **que este Tribunal abra una suerte de causa penal prospectiva y general para comprobar si se han cometido delitos de los que, al menos hasta el momento no da razón en cuanto a la persona del aforado.**

Por tanto es una resolución solo afectante al aforado Juan Miguel y no al recurrente Arcadio y dictada en unas diligencias distintas a las presentes, diligencias previas 1/2013, causa penal 2/2013, Procedimiento Abreviado 1/2004, incoados en virtud de exposición razonada y testimonio de particulares del Juzgado Central de Instrucción nº 6 Madrid, diligencias previas 26/2012 a su vez incoadas tras inhibición del Juzgado de Instrucción nº 5 de Blanes que había admitido a trámite otra querrela del Ministerio Fiscal con fecha 23.6.2011 .

Siendo relevante señalar que en el auto de 26.2.2013 el Tribunal Superior de Justicia Cataluña que declaró su competencia para la instrucción y en su caso enjuiciamiento del aforado Sr. Juan Miguel y resto de los acusados se concretó del presunto delito de cohecho y eventualmente prevaricación relacionados con el Ayuntamiento de Lloret de Mar y el proyecto de urbanización de la finca " DIRECCION000 ", extrayendo de la causa los particulares referidos al delito de blanqueo de capitales, siendo, por tanto, aquellos, exclusivamente los que han sido objeto de la instrucción de este procedimiento, no pudiendo por ello, hablarse de investigación prospectiva.

**DECIMO PRIMERO: El motivo quinto por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ , y el art. 852 LECrim , vulneración del derecho a la intimidad y especialmente el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18CE .**

El motivo postula la nulidad de las intervenciones telefónicas al fallar los autos habilitantes, al constar solo el auto inicial, pero ninguno posterior.

El motivo deviene improsperable. La cuestión relativa a la nulidad de las intervenciones telefónicas ya ha sido analizada en el motivo primero del recurso interpuesto por los acusados Juan Miguel y Alberto , remitiéndonos a lo ya argumentado en orden a su desestimación.



**DECIMO SEGUNDO: El motivo sexto por infracción de preceptos constitucionales al amparo del art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim , por vulneración del derecho a la intimidad y muy especialmente el derecho a la protección de datos, habeas data, del art. 18 CE .**

Insiste el motivo en que durante cinco años la Guardia Civil a espaldas del Ministerio Fiscal, sin autorización judicial alguna, y al margen de cualquier procedimiento penal concreto abierto se dedicó a recolectar datos sobre el Sr. Arcadio y su entorno.

a) Accede a información referente a datos personales contenidos en bases sometidas a protección sin autorización judicial habilitante para la restricción de este derecho fundamental, ni conservación.

b) Acumulación y tratamiento de los datos sin propósito confesado concreto al margen del interesado, fuera de cualquier procedimiento judicial conocido y sin especificar, la base o archivo en el que se han integrado, impidiendo verificar la legitimidad de la misma.

c) Cuestiona igualmente la integridad de esa información, no se conoce el total de esa información ni si se ha incorporado al procedimiento judicial los datos que lo integran especialmente prueba o datos de descargo.

Reproduce a continuación lo ya expuesto en el motivo cuarto sobre el inicio de las diligencias y los distintos informes de la Guardia Civil acompañados en la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal en marzo 2011, recolectados sin autorización judicial y expone de forma amplia y detallada la legislación nacional y europea sobre el carácter de dato protegido, la consideración jurisprudencial sobre el derecho a la intimidad y requisitos para su restricción: a nivel supranacional, en la Constitución Española, las posibles justificaciones (habilitación del Ministerio Fiscal y habilitación genérica a los Cuerpos de Seguridad para acceder a esos datos, para concluir pidiendo la nulidad de las actuaciones por vulnerar el derecho a la autodeterminación informativa o derecho de intimidad reservados sin autorización judicial y conservarse sin ningún control durante cinco años.

Como hemos señalado en STS. 553/2015 de 6.10 , los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen garantizados por el art. 18.1 CE , forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas, destacando la necesaria protección frente al creciente desarrollo de los medios y procedimiento de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias que pertenecen a la intimidad.

Por intimidad, por tanto, se pueden entender diversos conceptos, siendo significativo a estos efectos que la terminología usada para referirse a dicho concepto varía en los distintos países, así en Italia se habla de "riservatezza", en Francia de "vie privée", en los países anglosajones de "privacy", y en Alemania de "privatsphäre", pero que vienen a coincidir en la existencia de una esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros. El Código actual ha hecho además especial referencia a la llamada "libertad informática, ante la necesidad de conceder a la persona facultades de control sobre sus datos en una sociedad informatizada, siguiendo las pautas de la Ley Orgánica de Regulación del tratamiento Automatizado de Datos personas (LORTAD) 5/92 de 29.10, relacionada con el Convenio del Consejo de Europa de 28.1.81, y la Directiva 95/46 del Parlamento de la Unión Europea relativos a la protección de tales datos y a su libre circulación.

Esta segunda dimensión de la intimidad conocida como libertad informática o **habeas data**, encuentra su apoyo en el art. 18.4 CE , en donde taxativamente se dispone que "la Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". De esta proclamación se deriva su poder de acción del titular para exigir que determinados datos personales no sean conocidos, lo que supone reconocer un derecho a la autodeterminación informativa, entendido como libertad de decidir qué datos personales pueden ser obtenidos y tratados por otros. La llamada libertad informática significa, pues, el derecho a controlar el uso de los datos de carácter personal y familiar que pueden recogerse y tratarse informáticamente (habeas data); en particular -como señala la doctrina- entre otros aspectos, la capacidad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquél legítimo que justificó su obtención ( SSTC. 11/98 de 13.1 , 45/99 de 22.3 ).

Esta evolución del concepto de intimidad puede apreciarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así en un primer momento la intimidad se configura como el derecho del titular a exigir la no injerencia de terceros en la esfera privada, concibiéndola pues, como un derecho de corte garantista o de

defensa. En un segundo momento a partir de la STC. 134/99 de 15.7 , la intimidad pasa a ser concebida como un bien jurídico que se relaciona con la libertad de acción del sujeto, con las facultades positivas de actuación para controlar la información relativa a su persona y su familia en el ámbito público: "el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, pudiendo imponer a terceros (sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" ( SSTC. 134/99 de 15.7 y 144/99 de 22.7 ).

En similar dirección la STS. 426/2016 de 19.5 , recuerda como el Tribunal Constitucional en sentencia 173/2011 de 7.11 precisó como el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona ( art. 10.1 CE ), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana ( SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 ; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5 ; 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 4 ; y 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). De forma que "lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuales sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio" ( SSTC 127/2003, de 30 de junio, FJ 7 y 89/2006, de 27 de marzo , FJ 5). Del precepto constitucional citado se deduce que el derecho a la intimidad confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido ( SSTC 196/2004, de 15 de noviembre, FJ 2 ; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5 ; y 70/2009, de 23 de marzo , FJ 2).

Especialmente relevante es la sentencia del Pleno Tribunal Constitucional núm. 292/2000 de 30.11 , al distinguir:

La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (por todas STC 144/1999, de 22 de julio , EJ 8). En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, y así lo ha dicho este Tribunal (SSTC 134/1999, de 15 de julio, EJ 5; 144/1999, EJ 8 ; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5 ; 115/2000, de 10 de mayo , EJ 4), es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. **El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos.** Esta garantía impone a los poderes públicos y privados la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información.

Pero **ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.** De este modo, **el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo,** cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos.

Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros, como el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE . Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que a diferencia de este último, que confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido ( SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5 ; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3 ; 89/1987, de 3 de junio, EJ 3 ; 231/1988, de 2 de diciembre, EJ 3; 197/1991 , de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio , 144/1999, de 22 de julio , y 115/2000, de 10 de mayo ), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a

terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, **el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales ( STC254/1993 , EJ 7).** De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos. En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele..."

En igual sentido en la STC. 119/2001 de 24.5 , ya se afirmó que "estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos ..., se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido ; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España , y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia" (FJ 5).

En armonía con lo anterior, este Tribunal ha venido describiendo casuísticamente una serie de supuestos, en que, con independencia de las libertades tradicionales antes mencionadas, ha podido sobrevenir una injerencia no admisible en el ámbito de la vida privada e íntima de la persona. Así, hemos afirmado que "el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de las personas, quedando afectado en aquellos casos en los que sin consentimiento del paciente se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma" ( SSTC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2 y 159/2009, de 29 de junio , FJ 3). También hemos dicho que "no hay duda de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida" ( STC 233/1999, de 16 de diciembre , FJ 7), que "en las declaraciones del IRPF se ponen de manifiesto datos que pertenecen a la intimidad constitucionalmente tutelada de los sujetos pasivos" ( STC 47/2001, de 15 de febrero , FJ 8), y que "la información concerniente al gasto en que incurre un obligado tributario, no sólo forma parte de dicho ámbito, sino que a través de su investigación o indagación puede penetrarse en la zona más estricta de la vida privada o, lo que es lo mismo, en los aspectos más básicos de la autodeterminación personal del individuo" ( STC 233/2005, de 26 de septiembre , FJ 4). Por otra parte, en la STC 70/2002, de 3 de abril , en que un guardia civil había intervenido a un detenido una agenda personal y un documento que se encontraba en su interior, sostuvimos que "con independencia de la relevancia que ello pudiera tener a los fines de la investigación penal y, por tanto, de su posible justificación, debemos afirmar que la apertura de una agenda, su examen y la lectura de los papeles que se encontraban en su interior supone una intromisión en la esfera privada de la persona a la que tales efectos pertenecen, esto es, en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, tal como nuestra jurisprudencia lo define" (FJ 10). Finalmente, cabe recordar que en la STC 14/2003, de 28 de enero , FJ 6, afirmamos que la reseña fotográfica de un detenido, obtenida durante su permanencia en dependencias policiales, "ha de configurarse como un dato de carácter personal", respecto del cual los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado "están obligados en principio al deber de secreto profesional".

Igualmente diversas disposiciones a nivel comunitario se han ocupado de esta materia así procede citar en primer lugar el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa sobre protección de los datos informatizados



de carácter personal (1981), vinculante para España, y las recomendaciones del Comité de Ministros que lo desarrollan, en particular, la recomendación sobre datos personales utilizados en el sector policial (1987) y la recomendación sobre privacidad en Internet (1999). El preámbulo de esta última recomendación -R(99) 5, de 23 de febrero de 1999- pone de relieve que "el desarrollo de las tecnologías y la generalización de la recogida y del tratamiento de datos personales en las 'autopistas de la información' suponen riesgos para la intimidad de las personas naturales" y que "las comunicaciones con ayuda de las nuevas tecnologías de la información están también sujetas al respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en concreto al respeto a la intimidad y del secreto de las comunicaciones, tal y como se garantizan en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos ". Además, recuerda esta recomendación que "el uso de Internet supone una responsabilidad en cada acción e implica riesgos para la intimidad" (introducción), por cuanto cada visita a un sitio de Internet deja una serie de "rastros electrónicos" que pueden utilizarse para establecer "un perfil de su persona y sus intereses" (apartado II, 2), subrayando también que la dirección de correo electrónico constituye "un dato de carácter personal que otras personas pueden querer utilizar para diferentes fines" (apartado II, 6).

En este mismo orden de cosas debe citarse la acción normativa desarrollada por la Unión Europea, entre la que destaca a los efectos del presente asunto, además de la consagración del derecho a la protección de los datos personales realizada por el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, cuyo considerando núm. 6 resalta que "Internet está revolucionando las estructuras tradicionales del mercado al aportar una infraestructura común mundial para la prestación de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas. Los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público a través de Internet introducen nuevas posibilidades para los usuarios, pero también nuevos riesgos para sus datos personales y su intimidad". Además, recuerda en su considerando núm. 24 que "los equipos terminales de los usuarios de redes de comunicaciones electrónicas, así como toda información almacenada en dichos equipos, forman parte de la esfera privada de los usuarios que debe ser protegida de conformidad con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", advirtiendo que "los denominados programas espías (Spyware), web bugs, identificadores ocultos y otros dispositivos similares pueden introducirse en el terminal del usuario sin su conocimiento para acceder a información, archivar información oculta o rastrear las actividades del usuario, lo que puede suponer una grave intromisión en la intimidad de dichos usuarios".

También cabe citar las resoluciones del Parlamento Europeo de 17 de septiembre de 1996 y de 17 de diciembre de 1998, ambas sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea, la primera en cuanto dispone en su apartado 53 que "el respeto de la vida privada y familiar, de la reputación, del domicilio y de las comunicaciones privadas, tanto de las personas físicas como jurídicas, así como la protección de datos de carácter personal son derechos fundamentales básicos respecto de los cuales los Estados miembros deben ejercer una especial protección, habida cuenta de la incidencia negativa que sobre los mismos tienen las nuevas tecnologías y que sólo la armonización de las legislaciones nacionales en la materia, confiriendo una alta protección, es susceptible de responder a este desafío", y la segunda, al subrayar en su apartado 23 que "el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia, así como a la protección de los datos de carácter personal, representan derechos fundamentales que los Estados tienen la obligación de proteger y que, por consiguiente, toda medida de vigilancia óptica, acústica o informática deberá adoptarse dentro de su más estricto respeto y acompañada en todos los casos de garantías judiciales".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reafirmado también la importancia del derecho a la protección de los datos personales como un elemento a tomar en consideración no sólo en el momento de transponer una directiva sino también cuando las autoridades estatales y los órganos judiciales nacionales procedan a su aplicación [entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de enero de 2008, asunto C-275/06 , Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España, S.A.U., apartados 61-70]. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido asumiendo una interpretación extensiva del concepto "vida privada" del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así, su Sentencia de 16 de febrero de 2000 , dictada en el caso Amann contra Suiza, considera que "el término 'vida privada' no se debe interpretar de forma restrictiva", de forma que éste "engloba el derecho del individuo de crear y desarrollar relaciones con sus semejantes", sin que "ninguna razón de principio permita excluir las actividades profesionales o comerciales" (§ 65). De manera específica, la STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra el Reino Unido , considera en su § 41 que están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 del Convenio europeo, por cuanto pueden

contener datos sensibles que afecten a la intimidad, tanto "los correos electrónicos enviados desde el lugar del trabajo" como "la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet". En este caso, precisa el Tribunal, a la demandante no se le advirtió de que podría ser objeto de un seguimiento, por lo que podía razonablemente esperar que se reconociera el carácter privado "en lo que respecta al correo electrónico y la navegación por Internet" (§ 42). Por su parte, la STEDH de 22 de mayo de 2008, caso Iliya Stefanov contra Bulgaria, consideró que el registro de la oficina de un Abogado, incluyendo los datos electrónicos, equivale a una injerencia en su "vida privada", lesiva por ello del art. 8 del Convenio (§ 34). No obstante reconocer el Tribunal que concurría en este caso un objetivo legítimo (investigación penal por delito de extorsión) y que existía una previa autorización judicial, siendo así que "los registros del PC y las incautaciones deben, por regla general, llevarse a cabo en virtud de una orden judicial" (§ 39), razona que la expresada orden se había elaborado en términos excesivamente amplios, ejecutándose además de manera desproporcionada por la policía, por lo que se había afectado al secreto profesional, por cuanto "retiró todo el equipo del solicitante, incluyendo sus accesorios, así como todos los disquetes que se encontraban en su oficina", resultando que durante el tiempo que permaneció este material en su poder "ningún tipo de garantías existen para asegurar que durante el periodo intermedio el contenido completo del disco duro y los discos no fueron inspeccionados o copiados" (§ 42). De lo expuesto, parece desprenderse que cualquier injerencia en el contenido de un ordenador personal -ya sea por vía de acceso remoto a través de medios técnicos, ya, como en el presente caso, por vía manual- deberá venir legitimada en principio por el consentimiento de su titular, o bien por la concurrencia de los presupuestos habilitantes antes citados.

Por último las SSTs. 985/2009 de 13.12, 342/2013 de 17.4, y 687/2014 de 18.7, sobre el acceso de los poderes públicos al contenido de su ordenador y la necesidad de autorización judicial.

Expuestas estas consideraciones generales el motivo debe ser desestimado.

Es cierto -y en ello le asiste razón al recurrente- que esta Sala casacional- y cualquier otro órgano jurisdiccional penal -tiene competencia para declarar, en cuanto afectaría a la legitimidad de la obtención del medio probatorio, al derecho a un proceso justo y con las debidas garantías, art. 24 CE, y al derecho a la intimidad y autodeterminación informativa, art. 18 CE, la nulidad de las pruebas obtenidas de cualquier banco de datos, de información sensible y reservada, sin autorización habilitante judicial- con excepción de lo preceptuado en los arts. 110, 15 y 22.2 LO, 15/99 de 13.12, sobre Protección de Datos, en favor de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en casos de prevención real y grave para la seguridad pública **o para la represión de infracción penales**, - así como las derivadas que se encuentren en conexión de antijuricidad. Pero en el caso que se analiza las pruebas valoradas por la Sala (ver fundamento jurídico segundo -"Valoración de la prueba"), en este concreto procedimiento - no en el inicial y genérico de blanqueo de capitales y asociación ilícita-: documental relacionada con el expediente administrativo de la obra de la finca Plaça dels Braus, y personales: Acusados y testigos y periciales, no consta, ni la defensa lo ha especificado, qué relación tienen con la denunciada vulneración del derecho a la autodeterminación informativa por la Guardia Civil en la investigación previa, sin que la condena, por otro lado, tenga apoyo en una información opaca, en su material probatorio no conocido de antemano por las defensas obtenido por la Policía.

#### RECURSO DEVELOPMEN DIAGNOSTIC COMPANY SL.

**DÉCIMO TERCERO:** El recurso articula cuatro motivos, los tres primeros por vulneración de precepto constitucional, principio de presunción de inocencia en relación a Arcadio, por infracción de principio acusatorio y de legalidad por cuanto que el tribunal "a quo" en la apariencia de estar limitado por el principio acusatorio, hace una interpretación extensa -y por ende contraria al principio de legalidad- del delito de prevaricación y lo convierte en una suerte de categoría del delito de cohecho; y por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia habida cuenta la inferencia contraria a toda lógica que hace el tribunal "a quo" tras valorar la prueba practicada en el acto del juicio oral y el cuarto por infracción de Ley, por indebida aplicación del art. 120.4 CP, por cuanto que el responsable civil subsidiario solo responde de los daños cometidos por los responsables directos con los que mantienen algún tipo de relación, por muy amplia que ésta sea. No se puede exigir a la mercantil DDL SL que responda del impago de responsables civiles directos cuantos estos son funcionarios públicos. En dicho caso, es de aplicación el art. 121 del CP. Con independencia de que en relación a los tres primeros motivos al referirse al responsable penal Petrov que ya ha articulado su defensa, son motivos similares, puede cuestionarse la legitimación de responsable civil subsidiario en tal sentido.

En la sentencia 1458/2001 de 10.7 declaró que es: "doctrina de esta Sala que el responsable civil subsidiario tiene delimitada su actuación dentro del proceso penal al área puramente indemnizatoria, sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penales, de acuerdo con una interpretación literal

y finalista de los arts. 651 , 652 y 854 LECrim , El responsable civil subsidiario, en principio, tiene constreñida su legitimación a la impugnación de los daños y perjuicios derivados del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se funda la responsabilidad civil. No la tiene, por el contrario, para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos. Entre otras son representativas de esta doctrina la S. de 19-4-89, que cita otras ocho , y la S.234/96 , de 16 de marzo con mención expresa de la anterior que, por decirlo con sus mismas palabras, fue la que abordó el tema con mayor extensión. Esta doctrina general y constante permite algunas modulaciones, como las indicadas, en algunos casos concretos, por las sentencias de 7-5-93 , 7-4-94 y 27-10-95 , en aras de evitar a ultranza la indefensión de intereses legítimos, como lo sería el de demostrar la inexistencia de tipicidad , pues si la responsabilidad civil dimana de un hecho que se califica de delito es claro que desaparecido éste se volatiliza aquella, o cuando reconoce una causa de justificación tan específica y singular como la de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo ( art. 20.7º CP ). Criterio distinto y desde luego restrictivo ha de mantenerse cuando se trate de cuestiones de hecho.

Y concluye la STS. 1458/2001 , antes citada que si no impugna por el responsable civil subsidiario lo que directamente le concierne el recurso carece de objeto propio y no puede prosperar en modo alguno, pues se limita a defender penalmente a los acusados que ya lo fueron en esta sede por su propia defensa.

**DÉCIMO CUARTO :** La anterior doctrina implicaría reducir el análisis del recurso al **cuarto motivo que es el propiamente cuestiona la responsabilidad civil subsidiaria y que debe ser admitido, aun por distintas razones a las expuestas por la entidad recurrente.**

En efecto solo pueden ser condenados los sujetos o entidades que menciona el art. 120

"en defecto de los que sean criminalmente", es decir es concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, por lo que si no se declara la responsabilidad civil directa o de primer grado, mal puede ser establecida la de aquellos que vienen a reemplazarla, y si falta este presupuesto mismo, es decir la existencia de una previa responsabilidad civil directa, no puede entrarse a dilucidar si concurre esta segunda especie o grado de responsabilidad civil defectiva, que solo actúa cuando se declara la responsabilidad penal.

Por tanto si el responsable criminal y civil directo Arcadio ha sido absuelto del delito de prevaricación, único generador de la responsabilidad civil declarada en sentencia, procede acordar igual pronunciamiento absolutorio en relación a la responsabilidad civil subsidiaria.

**DÉCIMO QUINTO:** Estimándose parcialmente los recursos de los acusados Juan Miguel y Alberto y de Arcadio y su totalidad el del responsable civil subsidiario Developmen Diagnostic Company SL, se declaran de oficio las costas de sus recursos (art. 901 LECri.).

### III. FALLO

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

Que debemos **declarar haber lugar parcialmente a los recursos de casación**, interpuestos por Juan Miguel , Alberto , Arcadio y totalmente al interpuesto por el responsable civil subsidiario por DEVELOPMENT DIAGNOSTIC COMPANY S.L. (R.C.S), contra sentencia dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 5.11.2015 , debemos CASAR y ANULAR resolución, dictando nueva sentencia más conforme a derecho con declaración de oficio de las costas de sus recursos respectivos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

**D. Manuel Marchena Gómez D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco**

**D. Carlos Granados Pérez**

**86/2016**

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



**Vista: 05/10/2016**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA Nº: 795/2016**

**Excmos. Sres.:**

**D. Manuel Marchena Gómez**

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

**D. Carlos Granados Pérez**

En nombre del Rey

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

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil dieciséis.

En la causa que en su día fue tramitada por el El Juzgado Central de Instrucción núm. Seis de Madrid y fallada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha cinco de noviembre de 2015 y recaído en la causa PA 1/2014 (Causa Penal nº 2/2013; DP nº 1/2013), seguida por delitos de cohecho y prevaricación. incoó Diligencias Previas nº 26/12, contra Juan Miguel , Alberto , Arcadio , Everardo , Visitacion y Development Diagnostic Company Sociedad Limitada, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, se hace constar lo siguiente:

## **I. ANTECEDENTES**

**UNICO:** Se aceptan los de la sentencia recurrida, a excepción del apartado 5º de los hechos probados que quedaría redactado como sigue: " La entidad Development

Diagnostic Company Sociedad Limitada, cuyo administrador era el acusado Arcadio , y tras recibir la liquidación tributaria por la licencia de construcción de la edificación solicitó por escrito de 2.3.2009 del Ayuntamiento de Lloret de Mar, que como en el Convenio suscrito el 26.5.2006, entre la entidad Zulueta SL, en el que se harían subrogado, y el Ayuntamiento, se preveía un proyecto de titularidad publica y privada, la reducción de la cuota tributaria sobre construcciones en correspondencia al porcentaje de edificación que debía revertir al Ayuntamiento, según dicho Convenio.

Tal solicitud pasó a la información de la Unidad de Inspección de Tributos del Ayuntamiento informando el interventor y Jefe de Inspección con fecha 20.3.2009, que sin perjuicio de que la construcción no estaba comprendida en ninguno de los supuestos de bonificación con normativa específica, debía someterse a las consideraciones de lo que dispone el art. 103.2 del RDL 2/2004 de 5.3 , y que amplían los requisitos para la aplicación de la bonificación establecida en el art. 103.2 indicando y que conforme a la legalidad vigente era posible declarar de interés o de utilidad municipal la construcción objeto del expediente de obras a los que nos referimos y que de ser así podía bonificarse la obra en un 50%, debiendo entonces rectificar la liquidación realizada inicialmente por el Ayuntamiento.

Asimismo hubo otro informe del Servicio Técnico del Área de Urbanismo de fecha 24.3.2009, emitido por la arquitecta Municipal consignando las superficies que se cederían al Ayuntamiento y cuál era el presupuesto de esa construcción que recaería de propiedad municipal.

Con estos informes, el concejal Don. Primitivo , alcalde en funciones por enfermedad del acusado Juan Miguel , propuso el 27.3.2009, a la Comisión Informativa de las Áreas de Servicios Centrales de Seguridad y Vía Pública declarar la obra de utilidad municipal, conceder una bonificación del 50% y confeccionar una nueva declaración. Comisión Informativa que se pronunció favorablemente.

Propuesta de bonificación que fue llevada al Pleno del Ayuntamiento, en 3 de abril de 2009, que por mayoría de sus integrantes entre los que no estuvo el acusado Juan Miguel , por enfermedad, tras la defensa de la propuesto que realizó el acusado Alberto , concejal de obra, acordó declarar de interés o utilidad municipal la construcción objeto del expediente y concederle una bonificación del 50%. Acuerdo Municipal que no fue objeto de impugnación alguna.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** Tal como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho de la sentencia precedente los hechos que se han declarado probados, no constituyen el delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP .

## III. FALLO

Debemos absolver y absolvemos a los acusados Juan Miguel , Alberto , Arcadio , del delito de prevaricación administrativa que como autores los dos primeros, y como cooperador necesario el tercero, habrían sido condenados, absolviéndoles igualmente del pago, que como responsables civiles directos habrían sido condenados, declarando de oficio las costas correspondientes; así como a la entidad **Development Diagnostic Company**

**Sociedad Limitada**, como responsable civil subsidiaria.

Se mantienen los pronunciamientos relativos a la condena de dichos acusados, como autores de un delito continuado cohecho pasivo, Juan Miguel , de un delito cohecho pasivo, Alberto y cohecho activo Arcadio .

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

**D. Manuel Marchena Gómez D. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Andrés Palomo Del Arco**

**D. Carlos Granados Pérez**

**PUBLICACIÓN .-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.