



Roj: **STS 3575/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3575**

Id Cendoj: **28079120012022100779**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2022**

Nº de Recurso: **4501/2020**

Nº de Resolución: **781/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1549/2019,**  
**STSJ AND 1968/2020,**  
**STS 3575/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 781/2022**

Fecha de sentencia: 22/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4501/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/09/2022

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

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4501/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 781/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 4501/2020, interpuesto por **Jacobo**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Patricia Rosch Iglesias, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. Irene Amosa Vargas Machuca, contra la sentencia nº 119/2020, de fecha 19 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 261/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 2 de Jerez de la Frontera, instruyó Procedimiento Abreviado nº 130/2017, contra **Jacobo**, por delito de prevaricación y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 37/2018, dictó sentencia nº 299/2019, de fecha 30 de septiembre de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<El acusado es **Jacobo**, mayor de edad y sin antecedentes penales.

La Policía Local de San Matías tuvo conocimiento de la realización de obras de construcción de una vivienda sin la correspondiente licencia urbanística en la Bda. DIRECCION000 nº NUM000. Tras recibir la denuncia, los agentes de Policía Local se personaron en el lugar de los hechos y comprobaron que se estaban ejecutando obras de construcción de una vivienda y una piscina desmontable, no encontrando a nadie en la parcela en el momento de la inspección. Dicha denuncia fue puesta en conocimiento del Alcalde D. **Jacobo** que, con fecha 24 de noviembre de 2015, acordó recabar informe de la Secretaría sobre el procedimiento a seguir y la legalidad a aplicar. Se recabó también informe técnico, que fue emitido por el arquitecto técnico del SAM de Medina, en el que se hizo constar la existencia de una vivienda de unos 60 metros cuadrados construidos con una planta con cubierta plana no transitable y con porche en su fachada principal de unos 18 metros cuadrados, así como una piscina desmontable, parcialmente bajo rasante de unos 20 metros cuadrados de superficie, estando las obras prácticamente finalizadas. El informe técnico consideró que las obras eran de nueva planta y por tanto, obra mayor, siendo necesaria la presentación de proyecto técnico suscrito por facultativo competente y la obtención de preceptiva licencia de obras. Concluyó el citado informe que la actuación denunciada es incompatible con la ordenación vigente al estar prohibido cualquier tipo de edificación o implantación de actividad en el ámbito de una vía pecuaria, debiendo procederse al restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Por su parte el informe jurídico emitido por el SAM de Medina concluyó que procede incoar el procedimiento de reposición de la realidad física alterada en los términos previstos en el art. 52 del RDU y que procede incoar procedimiento sancionador, al amparo de lo dispuesto en el art. 192.1 de la LOUA.

Tras recibir ambos informes, el acusado **Jacobo**, en su condición de Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de San Matías, dictó Decreto nº 804, de fecha 24 de noviembre de 2015, en el que acordó incoar expediente sancionador por infracción urbanística de carácter grave, de conformidad con la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, por realización de obras sin licencia de construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000, de la que se presume responsable a D. Jose Luis. Asimismo, acordó nombrar instructor del procedimiento sancionador a Pedro Antonio, técnico adscrito a Secretaría y se declaró competente para resolver el expediente tras su tramitación. Por último, concedió al interesado plazo para efectuar alegaciones y proponer los medios de prueba de que intente valerse.

Por el órgano instructor se dictó propuesta de resolución, con fecha 1 de abril de 2016, considerando probada la construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000 y que tales hechos eran constitutivos de una infracción urbanística sin la preceptiva licencia urbanística, tipificada como grave, siendo presunto responsable de la misma D. Jose Luis. Finalmente proponía como sanción la de 3.000 euros, así como la obligación de restablecer la situación a su estado original previo.

Con fecha 18 de mayo de 2016 Pedro Antonio, en su condición de secretario accidental del Ayuntamiento de San Matías, presentó a la firma del acusado **Jacobo** el Decreto nº 369, en el que se resolvía que los hechos eran constitutivos de infracción urbanística grave tipificada en el art. 207 de la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, declarando responsable de la misma al Sr. Jose Luis e imponiéndole la sanción de 3.000 euros. El acusado **Jacobo** se negó a firmar dicho Decreto.

Seguidamente Pedro Antonio, en su condición de Secretario accidental del Ayuntamiento de San Matías, emitió informe de fecha 19 de mayo de 2016, en el que hacía constar que el acusado **Jacobo** le había informado que no iba a proceder a la firma de la anterior resolución por cuanto el interesado Sr. Jose Luis le ha

comunicado que iba a solicitar autorización a la Consejería de Medio Ambiente para realizar la obra en cuestión y que va a archivar el expediente. Por el Secretario se le advirtió que se trata de expediente sancionador por realizar obras sin licencia y que debía terminarse con arreglo a la legalidad vigente, advirtiéndole que de no proceder así podría incurrir en la comisión de un delito de prevaricación.

Ese mismo día 19 de mayo, el acusado Jacobo dictó Decreto nº 373 en el que acordó el Archivo del expediente sancionador al considerar que se están realizando los trámites por parte del interesado ante la Consejería de Medio Ambiente para el otorgamiento de la autorización correspondiente para la legalización de la obra realizada. Dicha resolución fue notificada al interesado.

La solicitud de legalización fue presentada por el interesado ante la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía el día 24 de junio de 2016.

El día 30 de septiembre de 2016 el acusado Jacobo requirió al interesado Jose Luis a fin de que aportara la autorización expedida por la Consejería de Medio Ambiente, concediéndole el plazo de quince días. El interesado alegó que hasta la fecha no había obtenido respuesta alguna.

El acusado Jacobo se interesó personalmente por la resolución de dicha autorización ante la Consejería, cuyos funcionarios le comunicaron personalmente que la autorización no iba a ser concedida. Ante esta información, el acusado Jacobo dictó Decreto nº 304, de fecha 19 de mayo de 2017, en el que acordó incoar expediente sancionador por infracción urbanística de carácter grave, de conformidad con la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, por realización de obras sin licencia de construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000, de la que se presume responsable a D. Jose Luis, Asimismo, acordó nombrar instructor del procedimiento sancionador a Pedro Antonio, técnico adscrito a Secretaría y se declaró competente para resolver el expediente tras su tramitación. Por último, concedió al interesado plazo para efectuar alegaciones y proponer los medios de prueba de que intente valerse.

La Delegación Territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Cádiz, de fecha 7 de junio de 2017, resolvió no autorizar a Jose Luis a la realización de las obras de cuarto de aperos y piscina en parcela situada en terrenos de la Cañada DIRECCION001, en el término municipal de San Matías.

La denuncia presentada por Policía Local ante el Ayuntamiento también dio lugar a la incoación de expediente administrativo para la restauración de la legalidad urbanística. En dicho expediente tras recabar los informes técnicos y jurídicos anteriormente citados, el acusado Jacobo dictó Decreto nº 802, de fecha 24 de noviembre de 2015, en el que acordó incoar el procedimiento para la restauración de la legalidad urbanística, en los términos señalados en el art. 52 del RDU, al considerar que las obras ejecutadas, vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000, cuyo promotor es Jose Luis, son manifiestamente incompatibles con la ordenación urbanística, dado que las mismas se vienen desarrollando en una vía pecuaria deslindada "Cañada DIRECCION001", no permitiéndose en el ámbito de las vías pecuarias ningún tipo de edificación. Ordenó la inmediata suspensión de las obras y concedió audiencia al interesado para alegaciones en el plazo de quince días.

El interesado presentó alegaciones, las cuales se trasladaron al SAM de Medina para informe. Dicho Servicio emitió informe jurídico, de fecha 22 de marzo de 2016, en el que se exponía que las alegaciones realizadas por el Sr. Jose Luis debían ser desestimadas por carecer de fundamentación jurídica, debiendo continuar la tramitación del proceso. Dicho informe jurídico fue rectificado en el acto del juicio oral por la firmante del mismo en el sentido de considerar que la infracción urbanística era de carácter grave, no muy grave y en segundo lugar, en el sentido de considerar que en la fecha de su informe el proceso había caducado.

Con fecha 1 de abril de 2016 el acusado dictó Decreto nº 227 en el que desestimó las alegaciones presentadas por Jose Luis al no considerar legalizables las obras de construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000, debiendo reponer las cosas al estado anterior en un plazo de un mes, a costa del interesado, incluida la demolición de lo construido. Notificada dicha resolución al interesado, interpuso recurso de reposición.

Transcurrido el plazo de un mes, el acusado Jacobo solicitó a la Policía Local informe sobre el grado de cumplimiento de dicha resolución. Seguidamente, la Policía Local informó que el día 17 de mayo de 2016, sobre las 18,30 horas se personaron en dicho domicilio y una vez llamada la puerta y abrimos el titular del mismo D. Jose Luis, éste se negó a dejarles entrar para la supervisión del cumplimiento de la resolución.

Ante esta situación Pedro Antonio, en su condición de secretario-accidental del Excmo. Ayuntamiento de San Matías emitió informe, de fecha 19 de mayo de 2016, haciendo constar que el Sr. Alcalde-Presidente le ha sugerido que archive el expediente por cuanto el interesado le ha informado que va a solicitar autorización a la Consejería de Medio Ambiente para realizar la obra en cuestión.



En el citado informe, el sr. Secretario advertía que al haber finalizado el plazo para la reposición de las cosas a su estado anterior, por ser obras ilegalizables y habiéndose negado por parte del interesado la entrada en la parcela para la comprobación del cumplimiento de la resolución dictada por la Alcaldía, procedería realizar petición a la autoridad judicial de autorización para la entrada en la parcela del Sr. Jose Luis , en orden a comprobar si había hecho efectiva la resolución dictada y en caso contrario, ejecutar la reposición de las cosas a su estado anterior por parte del Ayuntamiento y a costa del interesado. A propio tiempo se le advertía de incurrir en delito de prevaricación.

Ese mismo día el acusado Jacobo dictó Decreto nº 374, de fecha 19 de mayo de 2016, en el que acordó el archivo del expediente, al considerar que se están realizando los trámites por parte del interesado ante la Consejería de Medio Ambiente para el otorgamiento de la autorización correspondiente para la legalización de la obra realizada. Dicha resolución fue notificada al interesado.

La solicitud de legalización fue presentada por el interesado ante la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía el día 24 de junio de 2016.

El día 30 de septiembre de 2016 el acusado Jacobo requirió al interesado Jose Luis a fin de que aportara la autorización expedida por la Consejería de Medio Ambiente, concediéndole el plazo de quince días. El interesado alegó que hasta la fecha no había obtenido respuesta alguna.

El acusado Jacobo se interesó personalmente por la resolución de dicha autorización ante la Consejería, cuyos funcionarios le comunicaron personalmente que la autorización no iba a ser concedida. Ante esta información, el acusado Jacobo dictó Decreto nº 303 de fecha 19 de mayo de 2017, en el que declaró, de conformidad con los informes técnicos y jurídicos existentes en el expediente, la incompatibilidad manifiesta contra la ordenación urbanística de las obras de construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000 , acordó incoar expediente para la restauración de la legalidad urbanística en relación a la citada obra, cuyo promotor es D. Jose Luis y le concedió al mismo un plazo de audiencia por quince días para alegaciones.

**SEGUNDO.-** La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<ABSOLVEMOS al acusado Jacobo del delito continuado de prevaricación del que ha sido acusado, con declaración de oficio de las costas del proceso. >>

**TERCERO.-** Notificada la referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 261/2019, dictó sentencia nº 119/2020, de fecha 19 de mayo de 2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz con sede en Jerez de la Frontera en fecha 30 de septiembre de 2019 en el procedimiento abreviado del que este Rollo dimana, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en su lugar, debemos condenar y condenamos al acusado Jacobo como autor responsable de un delito de prevaricación ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de nueve años de inhabilitación especial para cualquier cargo electivo de ámbito local, autonómico, estatal o europeo; le imponemos la mitad de las costas procesales de la primera instancia, declarando de oficio la mitad restante, y declaramos asimismo de oficio las costas de esta segunda instancia. >>

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

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

Motivos aducidos en nombre del recurrente Jacobo :

**Primero.-** Por infracción de precepto constitucional, con fundamento en el art. 852 LECrim, y en el art. 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.2 CE, derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, derecho de defensa y presunción de inocencia.

**Segundo.-** Por infracción de precepto constitucional, con fundamento en el art. 852 LECrim, y en el art. 5.4 LOPJ, por violación del art. 9.3 CE, en cuanto al principio de legalidad y de seguridad jurídica, en relación con el art. 25.1, y art. 14 CE, derecho a la igualdad ante la Ley.



**Tercero.-** Por infracción de ley, con fundamento en el art. 849.1 LECrim, infracción de precepto penal sustantivo, el art. 404 Código Penal.

**Cuarto.-** Por infracción de ley, con fundamento en el art. 849.1 LECrim, infracción de precepto penal sustantivo, el art. 404 Código Penal.

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

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 14 de septiembre de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO Jacobo

**PRIMERO.-** Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, nº 119/2020, de 19-5, que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia nº 299/2019, de 30-9, de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, que había absuelto al acusado Jacobo, revocó referida resolución y condenó a dicho acusado como autor responsable de un delito de prevaricación, sin concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de 9 años de inhabilitación especial para cualquier cargo electo de ámbito local, autonómico, estatal o europeo, se interpone por el acusado el presente recurso de casación formalizado por cuatro motivos: el primero por infracción de precepto constitucional con fundamento en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 LOPJ, por violación del art. 24.2 CE, derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, derecho de defensa y presunción de inocencia. El segundo por infracción de precepto constitucional con fundamento en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 LOPJ por violación del art. 9.3 CE en cuanto al principio de legalidad y seguridad jurídica, en relación con el art. 25.1 y art. 14 CE, derecho de igualdad ante la ley. El tercero por infracción de ley con fundamento en el núm. 1 del art. 849 LECrim, al entender infringido el art. 404 CP al no tener el Decreto nº 379 de 19-5-2016, dictado por el acusado, naturaleza de "resolución"; y el cuarto, por la misma vía casacional, infracción de ley art. 849.1 LECrim al entender infringido el art. 404 CP al no apreciarse en el acusado dolo directo, no siendo suficiente el dolo eventual.

**SEGUNDO.-** El motivo primero con fundamento en el art. 852 LECrim y en el art. 5.4 LOPJ por violación del art. 24.2 CE, derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, derecho de defensa y presunción de inocencia.

Argumenta que se ha dictado una sentencia condenatoria en segunda instancia con vulneración de las garantías procesales de inmediación y contradicción establecidas en los arts. 792.2 y 790.2 LECrim y las reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que el Tribunal ad quem condena al acusado que había sido absuelto, respetando aparentemente el relato de hechos probados, pero haciendo, en realidad, una valoración de los mismos que excede de la mera subsunción jurídica en el concreto tipo penal, extrayendo conclusiones que no resultan de los hechos probados, como la deducción de la concurrencia del dolo, sustituyendo el criterio del Tribunal ante el que se celebró el juicio oral y que presenció las pruebas personales que contribuyeron a formar su convicción determinante de la absolución del acusado.

Se incurre veladamente en una nueva valoración de la prueba, prescindiendo de la inmediación, determinando la revocación del fallo absolutorio y un pronunciamiento condenatorio, vulnerándose así la garantía fundamental del acusado que impide condenar sin ser oído, en un supuesto en que el Tribunal ad quem no se ha limitado a corregir un error iuris, al estimar la concurrencia del elemento subjetivo del delito, de carácter fáctico e irrevisable por el cauce de infracción de ley, apartándose del relato de hechos probados.

Es decir, bajo la apariencia de la mera revisión de la aplicación de un precepto sustantivo -infracción de norma del ordenamiento jurídico o error iuris, que sí admitiría el dictado de un nuevo fallo sobre el fondo del asunto por el Tribunal que conoce del recurso-, el Tribunal ad quem realiza, en realidad, una distinta valoración de la prueba, soslayando los límites establecidos en los preceptos penales antes expresados y sustituyendo el parecer del órgano enjuiciador por el suyo propio, al considerar que concurre el elemento subjetivo del tipo -dolo- que el Tribunal "a quo" descartó, todo ello sin oír el órgano revisor al acusado, e insiste en que no se ha respetado la intangibilidad de los hechos probados y que se ha realizado una nueva valoración acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito que se aplica, art. 404 CP, los cuales forman también parte del factum de la sentencia, y añade que dichos elementos subjetivos, establecidos por el Tribunal de instancia a partir de la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral, muchas de ellas de naturaleza personal, no pueden ser revisadas por el Tribunal ad quem, pues carece de la inmediación necesaria para la valoración



de tales pruebas y además, no ha dado audiencia previa al acusado, a fin de ser oído por el Tribunal que le condena y pueda así, expresarse en defensa de sus intereses.

## 2.1.- El motivo, se adelanta, debería ser estimado.

En efecto, el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito parte a estos efectos de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que debe asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia.

En este sentido en STS 22/2018, de 17-1, hemos dicho que: "si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (FJ 8 citando la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4). Este segundo criterio, reiterado en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; y 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; traduce la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia del acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España; 20 marzo 2012, caso Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris c. España; 8 de octubre de 2013, caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, caso Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, caso Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, caso Porcel Terribas y otros c España; o 29 de marzo de 2016, caso Gómez Olmeda c. España).

Lo cual supone en la práctica, que en estos recursos donde la revisión interesada es de naturaleza peyorativa, la misma consideración intangible del relato de hechos probados debe ser predicada de las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual ( STEDH Almenara Álvarez c España, de 25 de octubre de 2011, § 41) contenidos en la fundamentación de la resolución."

Por ello, en cuanto a la concurrencia de los elementos subjetivos, la STS 110/2022, con cita STS 58/2017, de 7-2, recuerda como en la sentencia del Pleno TC 88/2013, de 11-4, "se aprecia que la razón que justifica finalmente la concesión del amparo consiste, precisamente, en que para la revisión de la corrección de la apreciación del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, el Tribunal de apelación no se basó exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, sino que acudió a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado a estos efectos.

Así señala la STC 88/2013, de 11 de abril, que "la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante.

Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE) ".

Por ello, lo determinante para la concesión del amparo, es que la Sala de apelación no se limitó a revisar la subsunción jurídica de los hechos descritos en el relato fáctico, sino que reconsideró la prueba personal practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.



En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación -en este caso de apelación- puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado."

En definitiva, las inferencias utilizadas para la afirmación o negación de los elementos subjetivos del injusto no son fiscalizables a través del motivo del art. 849.1 LECrim, en cuanto que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte de la vertiente fáctica del juicio.

Especialmente interesante es la STS 612/2020, de 16-11, que se hace eco de la doctrina constitucional sobre este extremo y recopila las dictadas por el TEDH sobre España que aunque se refieran a sentencias dictadas por este Tribunal Supremo en casación pueden extrapolarse a la revocación por el TSJ en apelación de la sentencia absolutoria dictada en la instancia. Dice así:

"La doctrina jurisprudencial tradicional entendía que esos elementos internos no son propiamente hechos, sino deducciones que deben derivarse de circunstancias externas; que la posición del Tribunal en casación es semejante en ese punto a la de la Audiencia y que, por tanto, era factible la revisión.

Esa doctrina nació en un marco en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS en casación era muy angosto. Pero desde que se abrió la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdía parte de su sentido por más que se haya perpetuado hasta fechas bien cercanas. Las intenciones, los elementos internos, no dejan de ser hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso se le llama inferencias: a la fijación de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pero son datos factuales. Pertenecen a la *quaestio facti*. Abierta al control casacional la prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y reglas del art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se diluye la indudable utilidad que pudo tener en su día la doctrina del TS (inferencias revisables por el cauce del art. 849.1º LECrim pero que, además, permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia).

En esos casos el Tribunal de Casación resolvía pudiendo dictar una sentencia condenatoria sin oír directamente al imputado, y sin existir, por tanto, intermediación respecto de tal medio probatorio.

La revisión de la suficiencia del juicio de hecho a través de la presunción de inocencia, es factible. Con ello desaparecieron algunas de las causas que estaban en las raíces de esa tesis clásica que cristalizó en una atmósfera en que la rigidez de la casación invitaba a arbitrar válvulas de escape. Pero las inferencias no son más que una forma de prueba indirecta de hechos internos. Prueba indiciaria y legitimidad de las inferencias se



miden por parámetros o juicios similares. Son hechos anímicos, pero "hechos" aunque con una peculiaridad: han de acreditarse a través de elementos externos, deducirse de éstos. Esa deducción es prueba indirecta: de unos hechos externos se infieren otros internos.

Esa doctrina era inconciliable con las pautas marcadas desde Estrasburgo. Puede considerarse abandonada; especialmente a partir del acuerdo ya citado del Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012. Los elementos internos se ubican en la cuestión fáctica. La jurisprudencia del TC que había consentido con otra interpretación (vid SSTC 328/2006, de 20 de noviembre, 60/2008, de 26 de mayo, y 124/2008, de 20 de octubre) ha sido desautorizada por el Tribunal de Estrasburgo y abandonada por el propio TC (STC 157/2013).

La STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, tras recordar varios precedentes (sentencias Bazo González, de 16 de diciembre de 2008; el asunto Igual Coll contra España, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barrios contra España, de 21 de septiembre de 2010; y el ya citado García Hernández contra España, de 16 de noviembre de 2010) proclama la indispensabilidad de una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se hace una nueva valoración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. Para el TEDH en el caso Almenara Álvarez la Audiencia no se limitaba a hacer una nueva valoración de los elementos de naturaleza puramente jurídica. Se pronunciaba sobre una cuestión de hecho, a saber: la intencionalidad en el momento de vender algunos inmuebles como presupuesto de una condena por el delito de alzamiento de bienes. La apreciación de un elemento subjetivo alberga un componente fáctico.

La STEDH de 13 de diciembre de 2011 -asunto Valbuena Redondo- condenaría nuevamente a España. El TEDH remarca otra vez la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no escapa a la cuestión de hecho.

Las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero (cuyo precedente era la STC 328/2006, de 20 de noviembre), de 20 de marzo de 2012, (caso Serrano Contreras) y de 27 de noviembre de 2012 (caso Vilanova Goterris y Llop García) se refieren a resoluciones de casación: tampoco puede llegarse a una primera sentencia condenatoria o una agravación al conocerse de la casación contra el pronunciamiento absolutorio, ni siquiera con el subterfugio de reconducir las inferencias sobre elementos subjetivos al ámbito de la cuestión jurídica. En la STEDH Serrano Contreras se analiza un supuesto que había comenzado con la absolución del acusado por delitos de estafa y falsedad por la Audiencia Provincial. La STS 1435/2005, de 14 de octubre condenó estimando el recurso de casación. El recurso de amparo contra ella no fue admitido a trámite. En criterio del TEDH los órganos nacionales con esas actuaciones no se habrían atendido a las exigencias del Convenio. Argumenta así: "el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47). Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (Lacadena Calero, antes citada, § 48). El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación".

Entre los numerosos pronunciamientos posteriores que confirman esas aseveraciones citaremos la STC 59/2018, de 4 de junio:

"Las indicadas garantías del acusado en la segunda instancia fueron ampliadas a consecuencia de los diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y en lo referente a la acreditación de los elementos subjetivos del delito, este Tribunal, perfilando el criterio de la STC 184/2009, afirmó "que también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo -u otro elemento subjetivo del tipo- no precisará de la garantía de intermediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado" (STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4).

Tal ampliación era el corolario de la recepción, entre otras muchas, de las SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de





noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo merece una especial referencia. En ella se constata que el Tribunal Supremo, pese a que reprodujo los hechos que habían sido considerados probados en la Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, efectúa una nueva valoración de los distintos elementos de prueba que ya habían sido examinados por el órgano de instancia: por una parte, medios de carácter documental y, por otra, testimonios propuestos tanto por la parte acusadora como por los demandantes, así como las declaraciones de estos últimos. Y concluyó que los acusados se habían negado "de manera consciente y deliberada" a acatar la resolución del propio Tribunal Supremo. La STEDH consideró que el Tribunal Supremo procedió a una nueva valoración de las pruebas sin haber tenido un contacto directo con las partes y, sobre todo, sin haber permitido que estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. Finalmente, el Tribunal Europeo razonó que el Tribunal Supremo, para llegar a esa distinta interpretación jurídica del comportamiento de los demandantes, se pronunció sobre circunstancias subjetivas que conciernen a los interesados; a saber, que eran conscientes de la ilegalidad de sus actos. La Sentencia entendió que ese elemento subjetivo resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato que contradice las conclusiones de la instancia que sí había oído a los acusados y a otros testigos (§§ 41 y 42). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio de los demandantes. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)".

**2.2.-** Sentado lo que antecede, para la adecuada resolución del motivo hemos de partir cómo en cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo, reiterada jurisprudencia, por todas STS 441/2022, de 4-5, viene exigiendo que en el delito de prevaricación el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados en sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, el conocimiento debe abarcar necesariamente el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en las SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo y 797/2015, de 24 de noviembre, 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 ( STS. 443/2008 de 1 de julio).

Por tanto, en el delito de prevaricación el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria no determina, por sí mismo, la comisión del delito de prevaricación, si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero o la STS 797/2015, de 24 de noviembre, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

En sentencias de esta Sala, como la citada STS 152/2015, de 24 de febrero, se excluye la prevaricación porque la Autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiese cometido irregularidad alguna.

La arbitrariedad de la resolución, la actuación a sabiendas de su injusticia, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

Pero la alegación gratuita del desconocimiento del carácter injusto y arbitrario de la resolución no basta para excluir el tipo subjetivo. Ha de concretarse con cautela ese elemento subjetivo. Como se recordaba en la STS 797/2015, de 24 de noviembre, las Autoridades y funcionarios administrativos de alto rango no pueden conocer minuciosamente todos los detalles de los documentos que les son sometidos a la firma, por lo que generalmente deben fiarse de los informes técnicos que los avalan, y lo mismo puede decirse en el caso de los comportamientos omisivos, en los que no necesariamente tienen que conocer la obligatoriedad de dictar una resolución. Por ello es conveniente constatar la concurrencia de indicios que pongan de relieve algún tipo



de interés espurio que acredite que la autoridad o funcionario administrativo actúa con plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, es decir, que quiere el resultado injusto y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

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 para colmar la tipicidad objetiva y subjetiva será necesario lo que sigue: 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.

La expresión "a sabiendas", según las SSTS de 30 de mayo de 2003, 22 de septiembre de 2003, 25 de mayo de 2004, 1 de julio de 2009, no solo elimina del tipo la comisión culposa, sino también la comisión del delito a título de dolo eventual.

**2.3.-** En el caso que nos ocupa, se argumenta en el motivo que el Tribunal de instancia, esto es, la Audiencia Provincial, a través de la intermediación y percepción directa de las declaraciones en el juicio oral del encausado y del Secretario del Ayuntamiento, alcanzó el convencimiento de la diligencia e interés de aquel para conocer si la obra sería finalmente legalizable y consideró acreditado que el archivo se acordó a la espera de constatar esa circunstancia, e igualmente que la decisión de incoar otra vez los expedientes obedeció al conocimiento extraoficial que tuvo de que aquella no sería posible, lo que determinó que retomara la debida tramitación de los expedientes que había archivado.

Insiste en que el hecho probado recoge como el acusado "el 19 de mayo de 2016 dictó Decreto nº 373 en el que acordó el Archivo del expediente sancionador al considerar que se están realizando los trámites por parte del interesado ante la Consejería de Medio Ambiente para el otorgamiento de la autorización correspondiente para la legalización de la obra realizada. Dicha resolución fue notificada al interesado.

La solicitud de legalización fue presentada por el interesado ante la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía el día 24 de junio de 2016.

El día 30 de septiembre de 2016 el acusado Jacobo requirió al interesado Jose Luis a fin de que aportara la autorización expedida por la Consejería de Medio Ambiente, concediéndole el plazo de quince días. El interesado alegó que hasta la fecha no había obtenido respuesta alguna.

El acusado Jacobo se interesó personalmente por la resolución de dicha autorización ante la Consejería, cuyos funcionarios le comunicaron personalmente que la autorización no iba a ser concedida. Ante esta información, el acusado Jacobo dictó Decreto nº 304, de fecha 19 de mayo de 2017, en el que acordó incoar expediente sancionador por infracción urbanística de carácter grave, de conformidad con la Ley 7/2002 de Ordenación Urbanística de Andalucía, por realización de obras sin licencia de construcción de vivienda y piscina desmontable en Bda. DIRECCION000 nº NUM000 ,...".

Y en el fundamento de derecho tercero traslada asimismo su convicción relativa a la ausencia de dolo a otros elementos fácticos contenidos en la fundamentación jurídica, al razonar que:

"Por lo que se refiere a la tramitación dada al expediente sancionador, ha quedado acreditado que habiendo propuesto el Sr. Secretario-accidental la imposición de sanción de 3.000 euros al dueño de la obra, el acusado Jacobo decidió no firmar el Decreto que el sr. Secretario-accidental le presentó a la firma, sino otro Decreto nº 373 en el que acordó el archivo del expediente sancionador, dado que el interesado había solicitado la legalización de las obras.

Ciertamente dicho Decreto no es ajustado a Derecho y constituye una ilegalidad administrativa. La actuación del acusado terminó con la decisión de archivo del expediente sancionador, resolución en la que no se pronunció sobre el fondo, esto es, sobre la procedencia de imponer o no la sanción por la infracción urbanística cometida, sino simplemente acordó el archivo a la espera de la decisión de la Junta. Ahora bien, el acusado no



terminó aquí su actuación, decidió requerir al dueño de la obra para conocer si había recaído o no resolución de la Junta y tras conocer extraoficialmente que la Junta había denegado la solicitud de legalización de las obras, decidió dictar nuevo Decreto acordando incoar expediente sancionador. La tramitación seguida, aun cuando es irregular y no se ajusta a la legalidad procedimental, concluye con el dictado del Decreto nº 304, el cual era posible desde el punto de vista jurídico, al no haber transcurrido el plazo de prescripción de la infracción urbanística de cuatro años.

El Tribunal considera que en la tramitación del expediente sancionador se han cometido las irregularidades expuesta, que el mismo no se ha ajustado a la legalidad procedimental, si bien no apreciamos que el acusado haya dictado resoluciones arbitrarias tendentes a imponer su propia voluntad al margen de la legalidad vigente, pues finalmente ha incoado expediente sancionador al dueño de la obra."

**2.4.-** Por su parte, el Tribunal de apelación -que revocó parcialmente el pronunciamiento absolutorio estimando el motivo del Ministerio Fiscal por infracción de precepto sustantivo, por inaplicación del art. 404 CP- infiere la existencia del elemento subjetivo propio de la prevaricación en el acusado de:

1º La condición de Alcalde y por tanto, conocedor de la tramitación de los expedientes y de que no pueden ser archivados por razones ajenas a lo que consta en los mismos.

2º Fue asesorado de forma directa e inminente por el Secretario del Ayuntamiento, incluso advertido de incurrir en responsabilidad penal por prevaricación.

3º La incoación del nuevo expediente se produjo un año después -19-5-2017- del dictado del Decreto 373, y meses después de haber sido denunciados los hechos ante la Fiscalía, cuando ya se había interpuesto querrela por el Ministerio Fiscal, estaban incoadas las correspondientes diligencias previas por el Juzgado de Instrucción y libradas las oportunas citaciones tanto del querrellado como de funcionarios municipales en calidad de testigos.

Ahora bien, esta intencionalidad en la actuación del recurrente revisando la inferencia que realizó la Audiencia Provincial, no se deduce ni puede extraerse del relato de hechos probados y fue expresamente rechazada por el Tribunal "a quo" en el fundamento de derecho 2º:

"Por el Ministerio Fiscal se alega que el acusado decidió incoar nuevo expediente administrativo cuando tuvo conocimiento por la prensa de la interposición de querrela por parte del Ministerio Público y de la incoación de diligencias penales.

Consta en el proceso un dato que impide corroborar dicha afirmación, cual es que el acusado en fecha 30 de septiembre de 2016 requirió al Sr. Jose Luis para que le informara sobre si había recaído o no resolución en la Junta. Junto a ello, ha declarado en el juicio oral que estuvo en contacto con los técnicos de la Junta, interesándose por la marcha del expediente y cuando éstos le dijeron de forma extraoficial que no se iban a legalizar las obras decidió dictar el Decreto iniciando de nuevo el expediente de restauración de la legalidad urbanística. No disponemos de indicio alguno que venga a acreditar la simple sospecha o conjetura de que el acusado actuó cuando tuvo conocimiento de la incoación de diligencias previas."

Por tanto, tal como se señala por el recurrente, el Tribunal de apelación rechazó la inferencia que llevó a cabo la Audiencia para descartar el dolo, mediante una revisión que le está vedada, al no tener cabida en el motivo por infracción de ley y basarse en una intencionalidad en la actuación del acusado, que no cabe extraer del relato fáctico, de modo que ninguna mención contienen los hechos probados a la existencia de un procedimiento penal ni a su conocimiento por el hoy recurrente.

De lo expuesto se deduce que el Tribunal de apelación se excedió en su convicción por cuanto por el cauce de infracción de ley solo puede controlarse si se ha producido ese error de derecho, pero no alcanza a la valoración de la prueba sino a la estricta revisión de la calificación jurídica que merece el relato inalterable de los hechos probados, y todo ello sin perjuicio de un acusado que había sido absuelto en la instancia por la Audiencia, quien, en virtud de la inmediatez, dispuso de todos los elementos necesarios para formar su convicción, insustituible por el Tribunal de apelación, que no presencié la práctica de la prueba de carácter personal y que no acordó la audiencia del acusado antes de resolver sobre su condena.

**2.5.-** Por último, no resulta ocioso recordar, por su similitud con el caso enjuiciado, la doctrina resultante de la STC 172/2019, de 16-12, citada en el recurso, en un supuesto de una alcaldesa que firmó un decreto acordando la contratación directa de dos trabajadores, pese a conocer dos informes de la Secretaria del Ayuntamiento y de la Interventora Municipal, advirtiéndole que debía acudir a la oferta de empleo público mediante concurso u oposición para realizar dicha contratación.

La sentencia de instancia había sido absolutoria y la dictada en apelación condenatoria, por el cauce del error iuris, estimando la concurrencia del elemento subjetivo, dolo, sin audiencia de la acusada.



Referida sentencia expresaba como en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia: "Se razonaba en la fundamentación jurídica que la prueba practicada no permitía considerar acreditado que la acusada tuviera pleno conocimiento de estar vulnerando claramente los principios de actuación básica de la administración, ni de infringir los principios constitucionales de imparcialidad, igualdad de oportunidades, transparencia, mérito, capacidad y legalidad, que conformaban la actuación de la administración, reemplazando el derecho aplicable por su voluntad, considerando que no concurría el elemento subjetivo del delito de prevaricación dado que la prueba practicada no permitía considerar acreditado, de forma inequívoca, que la deliberada intención de la acusada fuera incumplir la ley, dictando a sabiendas una resolución injusta, si bien se consideraba probada la concurrencia de un dolo eventual por considerar acreditado que la acusada sopesó la posibilidad de que el decreto que firmó podría ser contrario a las normas y principios que debían regir en el ámbito público, si bien había de tenerse en cuenta que el elemento subjetivo del tipo doloso no admitía la modalidad del dolo eventual para componer el delito de prevaricación."

Y en cuanto a la sentencia de apelación recurrida en amparo "que estimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación popular y condenó a la demandante, después de afirmar que el único examen que se proyectaba sobre la sentencia recurrida se basaba en el análisis de tipicidad. En la sentencia se respeta, íntegramente, el relato de hechos probados de la sentencia de instancia, pero no se comparte su pronunciamiento absolutorio. Considera, al respecto, que el elemento subjetivo del delito de prevaricación no había quedado acreditado, llegando a tal conclusión ante el conocimiento expreso por parte de la alcaldesa de los informes desfavorables a la contratación que constaban en las actuaciones y ante la valoración sobre las hipotéticas razones de urgencia que invocaba el decreto de la alcaldía, pues no podían razonablemente concebirse como tales, entendiéndose que se había llevado a cabo un ejercicio de las competencias por decreto que se apartaba manifiestamente de la disciplina legal y que no encontraba justificación."

Y a continuación, tras exponer la doctrina constitucional ss. 88/2019, de 1-7; 73/2019, de 20-5; 59/2018, de 4-6, del TEDH, s. 10-3-2009, c. Igual Coll c. España; s. 21-9-2010, c. Marcos Barrios c. España; s. 16-11-2010, c. García Hernández c. España; s. 25-10-2011, c. Almenara Álvarez c. España; s. 22-11-2011, c. Lacadena Calero c. España; y las que siguieron con posterioridad, 20-3-2012, c. Serrano Contreras c. España; 27-11-2012, c. Vilanova Goterris y Llop García c. España; y 13-6-2017, c. Atutxa Mendiola y otros c. España, partiendo de la doctrina reseñada el Tribunal Constitucional aprecia lo siguiente:

"...y a pesar de que por la Audiencia Provincial de Madrid se afirma que el examen de la sentencia recurrida se basaba en el análisis de la tipicidad, respetando íntegramente el relato de hechos probados, ello no implica que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar a la demandante de amparo la oportunidad de ser oída en la fase de recurso, habida cuenta de que había sido absuelta en la instancia y que el Tribunal de apelación era quien por primera vez la condenaba.

Por ello, la afirmación de la Audiencia Provincial de Madrid de que se respetó el relato de hechos probados fijados en la instancia y que se trataba solo de una cuestión estrictamente jurídica relativa al análisis de la tipicidad no se compadece con la dimensión de su intervención, donde se produjo una modificación inferencial del elemento subjetivo del delito, por más que no se modificasen explícitamente los hechos probados.

En tal sentido, ya en la STC 126/2012, de 18 de junio, FJ 4, establecimos que el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de las cuales el órgano a quo llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo, u otro elemento subjetivo del tipo, que no precisará de la garantía de inmediación, sí deberá venir presidida por la previa audiencia al acusado.

O expresada la idea en otras palabras, las cuestiones fácticas exigen audiencia para la decisión sobre si concurre un elemento subjetivo y solo las cuestiones jurídicas, singularmente decidir la calificación de unos hechos una vez fijada su existencia, pueden abordarse en fase de recurso sin audiencia del acusado.

De esta manera, como afirma la recurrente y el ministerio fiscal, la apreciación de la tipicidad de la conducta de la acusada y, en particular, el elemento subjetivo del dolo, no podía ser resuelto en rigurosos términos de calificación jurídica, requiriendo la audiencia de la acusada."

Añadiendo que:

"El juicio se extendió también a evaluar la intención de la acusada, de manera que la cuestión no podía ser resuelta sin darle la posibilidad de ser oída personalmente, como tampoco sin atender a otras pruebas personales relevantes para alcanzar una convicción sobre tal particular.



En definitiva, cuando la Sala de la Audiencia Provincial efectuó la inferencia de la intención o ánimo que tenía la recurrente de llevar a cabo la conducta de naturaleza antijurídica, alcanzando en este punto sus propias conclusiones, contrarias al juez que tuvo inmediación con la prueba, lo hizo sin ponderar la declaración de la acusada sobre ello y se introdujo, sin cumplir las garantías constitucionales en la revisión, en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con elementos subjetivos del delito, revocando la previa absolución sin cumplir la exigencia de la audiencia personal como garantía específica vinculada al artículo 24.2 CE, pese a que el núcleo de lo debatido afectaba con carácter general a la declaración de inocencia o culpabilidad.

Dicho de otro modo, no se trataba de estrictas cuestiones jurídicas sino de un parámetro de índole anímica o interna consistente en el análisis de la voluntad de llevar a cabo la acción a sabiendas de su ilicitud, que era el elemento determinante de la culpabilidad o de la inocencia y siendo subjetivo ese elemento del delito a debate, conforme a la doctrina ya recogida, resultaba obligada la valoración directa de la versión de los demandantes, habida cuenta de que su objeto consiste en posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su testimonio personal sobre su participación en los hechos que se le imputan.

Por tal motivo debe considerarse producida la vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, proclamados por el art. 24.2 CE, en coherencia con la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 9."

**2.6.-** E incluso ante la alegación de la recurrente que su condena en estas circunstancias había supuesto una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia, afirma el T.C.:

"El Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y reiterando el criterio jurisprudencial en la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9, señala que: "tomando en consideración el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la proyección que sobre el mismo puede tener la previa lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por una condena en segunda instancia, debe concluirse que, con carácter general, la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías -esté vinculado con la valoración de pruebas practicadas sin las debidas garantías o con no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído-, no necesariamente tiene una repercusión inmediata en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías puede llegar a determinar la anulación de la sentencia condenatoria y la retroacción de actuaciones para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con dicho derecho".

Sin embargo y como sigue argumentado la citada sentencia, "cuando quede plenamente acreditado con la lectura de las resoluciones judiciales que la condena se ha basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de pruebas practicadas sin las debidas garantías, también deberá estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, ya que en tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de dichas pruebas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente, consumando de esa manera la lesión del derecho a la presunción de inocencia. De ese modo, en tales casos la vulneración consecutiva de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia determinaría la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones". O como señala la STC 59/2018, de 4 de junio, FJ 5, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia si se deja de someter a valoración el testimonio exculpativo de la acusada.

A una conclusión idéntica a la que acabamos de transcribir debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate no haya sido objeto de consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías ( STC 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4).

#### 7. Aplicación al caso concreto.

En esta ocasión concurre que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa solo podría ser inferido por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de la acusada con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de su testimonio era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad y, muy especialmente, la de su testimonio exculpativo, habida cuenta de la ya señalada obligación derivada del derecho a la presunción de inocencia de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada por aquella.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpativo de la acusada, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que, tratándose de elementos esenciales del tipo que no han sido apreciados con las debidas garantías y no existe la acreditación precisa que haga viable la condena."

Por último, la muy reciente STEDH 7-6-2022, asunto Centelles Más y otros contra España



**TERCERO.-** En base a lo expuesto, el motivo deberá ser estimado -y sin necesidad de analizar el resto de los motivos- procede declarar la nulidad de la sentencia nº 119/2020, de 19-5, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con mantenimiento del fallo absolutorio de la sentencia nº 299/2019, de fecha 30-9, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz.

**CUARTO.-** Estimándose el recurso, se declaran las costas de oficio ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**1º) Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Jacobo** , contra la sentencia nº 119/2020, de fecha 19 de mayo de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 261/2019.

**2º)** Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 4501/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 22 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Jerez de la Frontera, seguida por un delito de prevaricación, contra **Jacobo** , con DNI nº NUM001 , fallada posteriormente por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, Rollo de Procedimiento Abreviado nº 37/2018, recayendo sentencia nº 299/2019, de 30 de septiembre de 2019, recurriéndose en apelación por el Ministerio Fiscal, por lo que se remitieron las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 261/2019, dictó sentencia nº 119/2020, de 19 de mayo de 2020, que fue recurrida en casación por la representación procesal de **Jacobo** , y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO



**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, procede declarar la nulidad de la sentencia nº 119/2020, de 19 de mayo, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 261/2019, con mantenimiento de la sentencia absolutoria dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, nº 299/2019, de 30 de septiembre.

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Declarando la nulidad de la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, nº 119/2020, de 19 de mayo de 2020, debemos mantener la sentencia dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz, nº 299/2019, de 30 de septiembre de 2019, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 37/2018, absolviendo a Jacobo del delito continuado de prevaricación de que había sido acusado, con declaración de oficio de las costas en ambas instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Jacobo

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García