



Roj: STS 3906/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3906

Id Cendoj: **28079120012020100645**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/11/2020**

Nº de Recurso: **384/2019**

Nº de Resolución: **623/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2602/2018,**
STS 3906/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 623/2020

Fecha de sentencia: 19/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 384/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 384/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Susana Polo García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 623/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 19 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 384/2019 interpuesto por **D. Alejo**, representado por el procurador D. Carlos Sánchez Ramírez, bajo la dirección letrada de D. Francisco Luis Mazorra Manrique de Lara; contra Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2^a, en el Procedimiento Abreviado 83/2017 por delito de **prevaricación** administrativa.

Ha sido parte D. Argimiro, representado por el procurador D. Bernardo Rodríguez Cabrera, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Mariño Teijeiro, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Susana Polo García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2^a, el 28 de noviembre de 2018, se dictó sentencia condenatoria de Alejo del delito y por los hechos por los que venía siendo acusado que contienen los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO: Probado y así se declara que el acusado Alejo, sin antecedentes penales, funcionario del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, con ocasión del desempeño de su cargo como Jefe de Negociado o Sección de Multas, cuando al vehículo matrícula-NCR propiedad de su hermano Bruno, el 25 de octubre de 2014 le fue impuesta una multa por la Policía Local por "estacionar el vehículo reseñado en zona señalizada temporalmente para manifestación deportiva Evento LPA Nigth Run 2014, y abusando de sus funciones, el 1 de diciembre de 2014, presentó escrito de alegaciones contra la sanción, sin más motivo que la prohibición de estacionar estaba mal señalizada, que pasó a la firma del Jefe de Servicio de Tributos y del Director General de Recursos Humanos y Seguridad, a fecha 1 de diciembre de 2014, sobreseyéndose el expediente.

Ese mismo día fue sancionado el vehículo matrícula-XMM propiedad de Alicia, en la misma calle y con ocasión del evento mencionado; la sanción fue recurrida por igual motivo y más argumentación, pero sus alegaciones fueron rechazadas por el acusado."

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

"Que debemos condenar y condenamos al acusado Alejo, como cooperador necesario de un delito de **prevaricación** administrativa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 7 años de inhabilitación especial para el empleo en la función pública municipal y al pago de las costas procesales que incluyen las de la acusación."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de Alejo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 LECr, y por el cauce casacional del art. 5.4 LOPJ., por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, regulados en el art. 24 CE.

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional. Al amparo del art. 852 LECr. y por el cauce casacional del art. 5.4 LOPJ., por entenderse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, regulado en el art. 24.2 CE, por no existir prueba de cargo válida, eficaz y suficiente para enervar el principio de presunción de inocencia y, de forma subsidiaria, por inaplicación del principio de *in dubio pro reo*.

Motivo Tercero.- Por infracción de Ley. Al amparo del art. 849.1 LECr., por aplicación indebida del artículo 404 CP regulador del delito de **prevaricación** administrativa.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión de los motivos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación, de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 26 de marzo de 2019; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de noviembre de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El primer motivo del recurso se articula por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim, y por el cauce casacional del artículo 5.4 LOPJ, al entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión, y el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, del art. 24 de la CE.

Por el recurrente se pone de relieve, por un lado, que el Tribunal ha valorado como prueba de cargo un prueba ilícitamente obtenida, y por tanto contraria al contenido material del derecho a la presunción de inocencia y, por otro, entiende rota la cadena de custodia de la prueba articulada por el denunciante toda vez que la supuesta grabación no se conservó en el medio técnico-mecánico en que se obtuvo y, por último se alega que se "infringe el principio acusatorio" al darse por probados hechos no acreditados con prueba alguna.

Continúa el recurrente el desarrollo del motivo haciendo referencia a los informes periciales de identificación de voz, así como a la desconexión de antijuridicidad como excepción a la regla general de nulidad probatoria del material obtenido con violación de derechos constitucionales.

2. Esta Sala de forma reiterada ha declarado la no afectación al derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad cuando una persona, graba sus propias conversaciones con terceros, con exclusión de aquellos supuestos relacionados con la provocación delictiva o su empleo como medio de indagación desde estructuras oficiales de investigación delictiva, o que afectan al núcleo de la intimidad. También ha de añadirse los supuestos en los que el contenido de lo grabado es divulgado, ocasionando un daño a la intimidad para lo que habría de estarse al contenido, íntimo o no, de lo que se divulga y ha sido obtenido de forma irregular. Salvados esos escollos, de provocación, de empleo por parte de una institución pública de investigación, o de vulneración del derecho a la intimidad, su utilización podrá ser considerada inapropiada, o cuestionada éticamente, pero no supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones.

Así la STS 421/2014, de 16 de mayo, nos dice, "Comenzando por la denuncia de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, es claro que su rechazo por parte del Tribunal Superior se ajusta tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como a la de esta Sala. Pues ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, después recordada en la 56/2003, de 24 de marzo, se estableció que "no hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera 'íntima' del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. El acto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, a contrario, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana".

Esta misma doctrina ha sido también recogida en numerosas sentencias de esta Sala de casación en las que se excluyó la conculcación del derecho al secreto de las comunicaciones por el hecho de grabar y almacenar



una conversación por parte de alguno de los intervinientes en la misma (SST 2081/2001, de 9-11; 2008/2006, de 2-2; 1051/2009, de 28-10; 682/2011, de 24-6; y 298/2013, de 13-3, entre otras).

La STS 652/2016, realiza, a la luz de esa reiterada jurisprudencia, las siguientes conclusiones al respecto:

En primer lugar, parece existir consenso en que la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. En segundo lugar, también existe consenso en que no vulneran el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

En tercer lugar, existe una mayor polémica en lo que se refiere a la posible vulneración del derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, que recoge el principio "*nemo tenetur*". El planteamiento restrictivo de la STS citada en el caso actual por la parte recurrente, STS 178/96, de 1 de marzo, que considera que la utilización de estas grabaciones vulnera el citado derecho fundamental, no ha sido seguido de modo generalizado por la doctrina jurisprudencial, que matiza diversos supuestos. La doctrina criticó esta resolución aduciendo que los derechos a guardar silencio, a no declarar contra si mismo y a no declararse culpable son garantías constitucionales que despliegan sus efectos en relación con las declaraciones del imputado ante la Autoridad o sus agentes (STC 197/95, de 21 de diciembre o STC 313/97, de 2 de octubre), por lo que no deben aplicarse a manifestaciones realizadas entre particulares y fuera del procedimiento. La propia STS núm 421/2014, de 16 de mayo, ya citada, que sigue el criterio de la STS 178/96, destaca la diferencia que concurre en el caso entonces enjuiciado precisamente porque "se dan en el caso unas circunstancias especiales o singulares, habida cuenta que no se está ante un supuesto en el que sean las autoridades o agentes estatales los que obtienen la declaración, excluyéndose así la relación Estado/ciudadano que es el ámbito natural donde operan los derechos fundamentales", lo que permite entender que los casos de invalidez deben reservarse, en realidad, para los supuestos de grabaciones realizadas por la autoridad o sus agentes, como sucede por ejemplo en la STS de 9 de noviembre de 2001, también citada en la anterior resolución, en la que las grabaciones subrepticias se realizaron directamente por dos agentes de la Guardia Civil."

Por último, debemos citar la reciente STS 214/2018, de 8 de mayo, que a la luz de la extensa doctrina jurisprudencial, de la doctrina del TC y del TEDH, sienta una serie de conclusiones:

1º) La utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones.

2º) Tampoco vulnera el derecho constitucional a la intimidad, salvo casos excepcionales en que el contenido de la conversación afectase al núcleo íntimo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores.

3º) Vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, y en consecuencia incurren en nulidad probatoria, cuando las grabaciones se han realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño, salvo los supuestos de grabaciones autorizadas por la autoridad judicial conforme a los art 588 y siguientes de la LECrim.

4º) No vulneran el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular.

5º) Pueden vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, cuando la persona grabada ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra, en cuyo caso habrán de ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes.

6º) La doctrina jurisprudencial prescinde de calificar las manifestaciones realizadas por el inculcado en estas grabaciones como confesión, utilizando las grabaciones como ratificación de las declaraciones de los demás intervinientes en la conversación, que tienen el valor de testimonio de referencia sobre las declaraciones del inculcado.

3. El Tribunal de instancia analiza la cuestión previa planteada en los términos que ahora se alegan en el recurso en el FD 2º, afirmando que las grabaciones aportadas que hizo el testigo Argimiro mantenidas entre él y el acusado, así como con el hermano del mismo, fueron escuchadas en el juicio oral, que el otro interviniente en la conversación declaró y confirmó su contenido, y que la reunión se produjo después de que el acusado llamara al testigo y no al revés, sin que aprecie el Tribunal duda alguna sobre una posible alteración.

La Sala no tiene ningún problema para valor la citada prueba, argumento que compartimos, puesto que no existe vulneración del secreto de las comunicaciones conforme a la Jurisprudencia que hemos citado, si como



ocurre en este caso el denunciante graba su conversación con el acusado, por lo que en el caso de autos, sólo cabría cuestionar si su inclusión como medio probatorio pudo afectar al derecho a la intimidad del perjudicado, lo cual ni si quiera se pone de relieve por el recurrente, además, no consta que en la conversación se reflejan datos íntimos del acusado referidos a creencias ideológicas, personales o de salud, sino que el contenido de las conversaciones gira en torno a los hechos que ocurrieron el día 25 de octubre de 2014, en definitiva nada que afecte a la intimidad parece desprenderse de su contenido.

Por último, en relación a si fue conducido por el otro interlocutor en sus manifestaciones, lo que implicaría una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, ello debe ser descartado, no solo porque no consta, ni se alega nada al respecto, sino porque por la Sala se indica lo contrario, la reunión se produjo después de que el acusado llamara al testigo y no al revés.

También se apunta por el recurrente que ha alterado la cadena de custodia y que la grabación es el primer acto nulo e inexistente, lo que produce una cadena de nulidades posteriores, todo ello sin hacer análisis alguno de lo que ha ocurrido a lo largo de la instrucción de la causa, siendo el primer aspecto, como hemos indicado, rechazado por el Tribunal y en cuanto al segundo basta con indagar mínimamente en las actuaciones para concluir que no existe ninguna nulidad de la causa ya que la querella inicial presentada por Argimiro va acompañada de una grabación de conversación que transcribe, mantenida por el mismo con el acusado en las dependencias del Negociado de Multas de Tráfico y de la que el acusado solicitó copia antes de prestar declaración como investigado, petición que fue atendida por el instructor entregando copia de la grabación al mismo, quien el día que declaró en el Juzgado no dijo nada con respecto a la citada grabación, no impugnando su contenido, acogiéndose directamente a su derecho a no declarar.

En consecuencia, los argumentos del Tribunal son conformes con la jurisprudencia de esta Sala anteriormente citada -al margen de la escasa relevancia que le otorga la Sala a la prueba practicada como posteriormente analizaremos-, ya que la utilización en el proceso penal de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores, no vulnera en ningún caso el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, ni el derecho fundamental a no declarar contra si mismo y a no confesarse culpable, cuando se han realizado en el ámbito particular. En realidad, la grabación de la citada conversación no aparece en la causa como provocada, sino la manifestación y la necesidad de perpetuar una conversación con el objeto de que pueda ser valorada en un momento posterior a fin de proporcionar credibilidad a determinadas manifestaciones, ni como el elemento detonante de ninguna investigación que concluyera con la incoación de unas Diligencia Previas contra el acusado, que hiciera que lo posteriormente investigado fuera nulo.

El motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo se alega infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim, y por el cauce casacional del artículo 5.4 LOPJ, al entender vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

2. Cuando se denuncia en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, hemos dicho en sentencia SSTs 615/2016, de 8 de julio, 200/2017, de 27 de marzo, 376/2017, de 20 de mayo, que "ha de verificarse 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 de contradicción, inmediación, 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, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. Bien entendido, como establece la STS. 1507/2005 de 9.12, "El único límite a esa función revisora lo constituye la inmediación en la percepción de la actividad probatoria, es decir, la percepción sensorial de la prueba practicada en el juicio oral. Lo que el testigo dice y que es oído por el tribunal, y cómo lo dice, esto es, las circunstancias que rodean a la expresión de unos hechos. Esa limitación es común a todos los órganos de revisión de la prueba, salvo que se reitere ante ellos la prueba de carácter personal, y a ella se refieren los arts. 741 y 717 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primero cuando exige que la actividad probatoria a valorar sea la practicada "en el juicio". El segundo cuando exige una valoración racional de la prueba testifical. Ambos artículos delimitan claramente el ámbito de la valoración de la prueba diferenciando

lo que es percepción sensorial, que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional presente en el juicio, de la valoración racional, que puede ser realizada tanto por el tribunal enjuiciador como el que desarrolla funciones de control".

Sobre esta cuestión del control casacional de la valoración probatoria hemos dicho en SSTs 458/2009, de 13 de abril y 131/2010, de 18 de enero; reiterando la doctrina anterior que ni el objeto del control es directamente el resultado probatorio, ni se trata en casación de formar otra convicción valorativa ni dispone de la imprescindible inmediación 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 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 el tribunal de instancia.

Consecuentemente, el control casacional en relación a la presunción de inocencia se concreta en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si, por ello, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador es, en si misma considerada, lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan exigir 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, 117/2000, SSTs. 1171/2001, 220/2004, 711/2005, 866/2005, 476/2006, 548/2007, 1333/2009, 104/2010, 1071/2010, 365/2011, 1105/2011).".

3. Al margen de la validez de las conversaciones escuchadas en el acto del juicio oral, el Tribunal entiende que existe un abundante material probatorio que incluso permite no tener en cuenta las grabaciones, sobre las que, en efecto, no explica ni analiza su contenido, prueba que es valorada en el FD 1º consistente, en primer lugar, en la testifical de Argimiro , testimonio que es calificado como contundente, coherente y en el que no concurre ánimo espurio alguno, pues de nada conocía el testigo al acusado antes de estos hechos, declaración que tilda la Sala de sincera y avalada por la prueba documental, en concreto por los documentos obrantes a los folios 520 y siguientes.

Explica el Tribunal que el testigo manifestó, en resumen, que la grúa se llevó el coche de su pareja, cuando llegaron al lugar donde lo tenían aparcado, vieron otra pareja que parecía que también buscaban su coche, hablaron y pensaron que seguramente los coches se lo habría llevado la grúa, cuando fueron a buscar el coche, se encontraron con más personas, 5 o 6, que les había pasado lo mismo, es decir que se habían llevado los coches la grúa como consecuencia de una prueba deportiva que se celebraba y llegaron incluso a formar un grupo de whatsapp porque se sentían afectados, entre estas personas estaba el hermano del acusado al que también se había llevado el coche la grúa, que llegó a hablar por teléfono con Bruno y éste le dijo que conocía a gente en el Ayuntamiento y que le habían solucionado el tema de la multa, la multa que le pusieron a la pareja de Argimiro la recurrieron y le desestimaron el recurso, mientras que la que le pusieron a Bruno la sobreseyeron.

Por otro lado, analiza el Tribunal la falta de credibilidad de la versión dada por el acusado ya que explica que la multa que le pusieron a su hermano se sobreseyó porque no pudieron notificársela, afirmación que no es cierta tal y como se desprende de la prueba documental analizada, en concreto se cita por la Sala el ubicado en el folio 526, donde consta que Bruno -hermano del acusado-, hace alegaciones, consistentes en que habiendo sido multado por estacionar mal por manifestación deportiva, estaba mal señalizado y no había disco ni pintura, y en el folio 529 se encuentra la resolución que sobresee el expediente en cuyos antecedentes se dice que la denuncia ha sido notificada al interesado en tiempo y forma y que el interesado formuló alegaciones en su defensa dentro del plazo concedido al efecto, también se dice que examinados los argumentos expuestos y las pruebas practicadas, el Instructor del expediente eleva propuesta de resolución favorable al recurrente de error en el procedimiento. En el folio 523 consta que el acusado es el instructor del expediente y aunque él mantenga que no se hacían propuestas, lo cierto es que reconoce que lo rubricó.

Además, el Tribunal tiene en cuenta las declaraciones de los testigos Humberto y Iván , que eran quienes firmaban las resoluciones, los cuales manifestaron que había propuesta administrativa del instructor y que se limitaban a confrontar la propuesta y la resolución y firmaban. Lo declarado concuerda con el contenido de las resoluciones que constan en los folios antes indicados analizados por la Sala.

Al respecto se apunta por la defensa que las manifestaciones de estos testigos no pueden ser tenidas en cuenta porque estuvieron investigados, sin embargo, la queja no puede ser atendida porque sus declaraciones las valora el Tribunal argumentando que están avaladas por la prueba documental, afirmando que ningún inconveniente hay para valorarlas aunque en su día los testigos fueran investigados por estos hechos.

En efecto, en relación a las declaraciones de coimputados, el supremo intérprete de la Constitución afirma, por un lado " que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del



condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado, y, en segundo lugar, que son los órganos judiciales los que gozan de inmediación y de un contacto directo con los medios de prueba" (SSTC 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo). Y en la misma dirección se matiza que "la corroboración externa mínima y suficiente que, como exigencia constitucional para completar el carácter incriminatorio de las declaraciones de coimputados, venimos exigiendo, no constituye una prueba, pues, en otro caso, bastaría ésta sin necesidad de las declaraciones referidas; la corroboración es una confirmación de otra prueba, que es la que por sí sola no podría servir para la destrucción de la presunción de inocencia, pero que con dicha corroboración adquiere fuerza para fundar la condena" (SSTC 198/2006, de 3 de julio; y 258/2006, de 11 de septiembre).

Por otro lado, de forma reiterada el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la existencia de una coincidencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a su conducta delictiva " configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (así, SSTC 233/2002, de 9 de diciembre; 91/2008, de 21 de julio; y 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo).

Por tanto, el Tribunal de instancia ha contado con prueba de cargo válida y suficiente, motivando su razonabilidad.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- 1. El tercer motivo se formula por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del artículo 404 del Código Penal, regulador del delito de **prevaricación** administrativa.

Aduce el recurrente que los testigos Leopoldo y Luis fueron los redactores de las resoluciones administrativas supuestamente prevaricadoras -que inicialmente declararon como acusados- y que al folio 736 consta informe emitido por el Director del órgano de Gestión Tributaria manifestando que "no se contempla el acto administrativo de trámite consistente en la propuesta de resolución"; por tanto, el recurrente no redacta la resolución administrativa, ni ha dictado resolución alguna que pueda ser conceptuada como tal a los efectos del delito de **prevaricación** administrativa, pues como de forma reiterada viene señalando la jurisprudencia no basta la mera ilegalidad sino que es necesaria una arbitrariedad e injusticia notoria.

2. El artículo 849.1 de la LECRIM fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata, por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECRIM (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juricidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

Por tanto, hay que recordar que el cauce casacional empleado tiene como presupuesto de admisibilidad el respeto al hecho probado en la medida que el único debate que se permite en el motivo es el de la subsunción jurídica de los hechos probados declarados por el Tribunal, que, por ello, deben ser escrupulosamente respetados por el recurrente, lo que éste incumple en la medida que los cuestiona.

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



3. En cuanto al delito de **prevaricación** administrativa por el que viene condenado el recurrente del art. 404 del Código Penal el mismo castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Como dijimos en la sentencia 82/2017, de 13 de febrero "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).

Con la regulación y aplicación del delito de **prevaricación** no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución 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, 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, (SSTs. Sala 3ª de 20 de noviembre de 2009 y 9 de marzo de 2010).

Para apreciar la comisión de un delito de **prevaricación**, 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. (STS núm. 228/2013, de 22 de marzo).

Por otro lado, en cuanto al enjuiciamiento de los partícipes en este delito, según reiterada jurisprudencia, solo puede ser autor el *intrañeus*, ahora bien, el *extrañeus* puede responder como cooperador necesario, es decir como partícipe y no como autor. Como es sabido, la participación es accesoria, es decir que el partícipe solo puede responder penalmente cuando se ha constatado la comisión de un hecho delictivo principal realizado por el autor. En la actualidad la teoría jurídica del delito aplica de forma mayoritaria, la doctrina de la accesoriedad limitada, de acuerdo con la cual el partícipe responde de los hechos típicos y antijurídicos cometido por el autor. Ello significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuere culpable.

En la Sentencia 1394/2009, de 25 de enero de 2010, luego recogida en otras posteriores, se expresaba que "entiende la defensa que ha sido condenado en concepto de cooperador necesario del art. 28.2.b) del CP, es decir, como partícipe, en un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin que se haya condenado a persona alguna como autor del mencionado delito, vulnerándose con ello el principio de accesoriedad limitada, en virtud del cual la participación, tanto en calidad de cómplice, inducción o cooperación necesaria, es accesoria respecto del hecho del autor.

En suma, no habiendo autor del delito, no puede haber, de ninguna de las maneras, partícipe en el mismo. La única persona que aparece en la sentencia acusada por el Ministerio Fiscal como autor -del art. 28.1 del CP- del delito de malversación de caudales públicos, es E. G. M., quien ha resultado absuelto. El acusado de cooperación necesaria, en fin, tiene derecho a examinar y contradecir, en su caso, la tipicidad y la antijuridicidad que necesariamente deberían concurrir en los hechos del inexistente autor y, sin los cuales, no se puede condenar al partícipe. No tiene razón el recurrente. La importancia que el principio de accesoriedad tiene en la dogmática mayoritaria y en la jurisprudencia de esta Sala, no necesita ser argumentada. De hecho, aquel principio ha llegado a ser considerado como una necesidad conceptual. Ello no debe ser obstáculo, sin embargo, para reconocer que no faltan propuestas dogmáticas minoritarias que explican la coparticipación sin necesidad de recurrir al principio de accesoriedad, argumentando que el partícipe realiza su propio injusto. Pese a todo, es cierto que esta Sala -en sintonía con la doctrina dominante-, ha convertido el principio de accesoriedad en uno de los fundamentos del castigo del partícipe y de este dato incuestionable hemos de partir para concluir la ausencia de la infracción legal que denuncia el recurrente. El principio de accesoriedad, pese a la sutil propuesta de la defensa del recurrente, no se explica por la relación entre el partícipe y el autor



material, sino por la acción que uno y otro protagonizan. Para que pueda haber accesoriidad es indispensable que exista un hecho principal típicamente antijurídico. El que ese hecho de relevancia jurídico-penal pueda ser atribuido a una persona concreta o que aquélla a la que inicialmente se imputaba resulte absuelta, en nada afecta a la afirmación de accesoriidad. Llevado el razonamiento de la defensa a sus últimas consecuencias, habríamos de aceptar que en un supuesto, por ejemplo, de asesinato en el que hubieran resultado procesados el autor material y varios cooperadores necesarios, el fallecimiento del primero obligaría al sobreseimiento de la causa respecto de los restantes. No ha habido infracción del art. 28.2.b) ni se han vulnerado los derechos de defensa y a un proceso justo. Como razona el Ministerio Fiscal, en el descriptivo relato de los hechos probados se expresan con claridad el conjunto de operaciones a través de las cuales se llevó a cabo por terceros la desviación de fondos municipales, así como la contribución aportada por el recurrente, quien por ello pudo perfectamente defenderse, con independencia de que por el fallecimiento de unos o la falta de identificación de otros no haya sido posible el enjuiciamiento de todos los responsables.

Y más ajustada al caso que ahora examinamos, es la Sentencia 222/2010, de 4 de marzo, que examina un supuesto parecido en el que los que dictaron la resolución arbitraria no eran culpables, sentencia en la que se declara que el elemento "a sabiendas" expresado en la descripción del tipo de **prevaricación**, de obvia naturaleza subjetiva, puede suscitar la cuestión de su integración en la determinación del injusto -configurando el dolo- o como presupuesto de la reprochabilidad del comportamiento al autor -conciencia de antijuricidad-. (...)

Nadie puede verse obligado a responder si no es por su propio comportamiento y no por el de otro. Sin embargo, el fundamento de la responsabilidad del partícipe no es ajeno al carácter injusto de lo hecho por otro, es decir por el autor. (...)

El artículo 28 del Código Penal lo que exige, es que los intervinientes, ya sean los "considerados" autores, como inductores o cooperadores necesarios, ya sean los cómplices, participen en la ejecución de un hecho. El que realiza el autor principal. Tal precepto concibe la participación conforme a la denominada accesoriidad limitada. Basta la comisión de un hecho antijurídico, aunque su autor no sea culpable. Pero, doctrina y jurisprudencia convienen en que se excluye si el hecho del autor está justificado. Es decir, no se admite que la participación esté condicionada, sólo por una accesoriidad mínima. Cuestión distinta es la admisibilidad de la participación cuando el acto ilícito del autor no reúne todas las exigencias típicas.

Nada ha impedido al respecto la admisión como partícipe del sujeto en el que no concurren las objetivas condiciones típicas del autor en los denominados delitos especiales propios. Así no se cuestiona la figura de la inducción por el particular *extraneus* del delito del funcionario *intraneus*. En cuanto a la relevancia del componente subjetivo del tipo, el autor ha de actuar dolosamente. (Si actuara imprudentemente la participación lo sería en delito de esa naturaleza y solamente en el caso de que existiera la previsión típica de tal modalidad). Pero no se requiere que el dolo del autor sea el denominado *dolus malus* que implica una representación del sujeto sobre la oposición entre su comportamiento y el Derecho. Es suficiente el denominado dolo natural o, si se quiere, dolo típico, referido al hecho típico. En el delito de **prevaricación** ese dolo implica el conocimiento del contenido de la resolución que dicta el funcionario y la voluntad de adoptarla. Pero no implica que el autor lleve a cabo una valoración de ese contenido de la resolución. Aunque la arbitrariedad debe predicarse de dicho contenido, la valoración de ésta se resuelve en la valoración de la propia conducta de su adopción, y por ello de la conducta del autor. Pero la valoración por el autor sobre la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad. En consecuencia, como dejamos dicho con anterioridad, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Quien haya ocasionado una errónea valoración por el funcionario del contenido de la resolución objetivamente arbitraria, determinando así en éste la voluntad de adoptarla, determinó la realización del hecho injusto a que se refiere el artículo 28 del Código Penal, por más que el funcionario autor no sea culpable del delito de **prevaricación** por no actuar "a sabiendas" de la injusticia de su resolución. (STS 303/2013, de 26 de marzo).

4. En el caso enjuiciado se hace constar como hechos probados los siguientes "que el acusado Alejo, sin antecedentes penales, funcionario del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, con ocasión del desempeño de su cargo como Jefe de Negociado o Sección de Multas, cuando al vehículo matrícula-NCR propiedad de su hermano Bruno, el 25 de octubre de 2014 le fue impuesta una multa por la Policía Local por "estacionar el vehículo reseñado en zona señalizada temporalmente para manifestación deportiva Evento LPA Nigth Run 2014, y abusando de sus funciones, el 1 de diciembre de 2014, presentó escrito de alegaciones contra la sanción, sin más motivo que la prohibición de estacionar estaba mal señalizada, que pasó a la firma del Jefe de Servicio de Tributos y del Director General de Recursos Humanos y Seguridad, a fecha 1 de diciembre de 2014% sobreseyéndose el expediente.



Ese mismo día fue sancionado el vehículo matrículaXMM propiedad de Alicia , en la misma calle y con ocasión del evento mencionado; la sanción fue recurrida por igual motivo y más argumentación, pero sus alegaciones fueron rechazadas por el acusado .".

Del relato fáctico se desprenden todos los elementos integrantes del delito de **prevaricación** por el que viene condenado el recurrente, ya que el acusado era funcionario del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, en concreto Jefe de Negociado o Sección de Multas, quien abusando de sus funciones, en la fecha reseñada presentó escrito de alegaciones contra la sanción impuesta al vehículo de su hermano que paso a la firma del Jefe de Servicios de Tributos y Director General de Recursos Humanos quienes sobreseyeron el expediente en base a la citada propuesta "la prohibición de estacionar estaba mal señalizada", ya que firmaban automáticamente las propuestas del acusado, ocasionando a los mismos una errónea valoración del contenido de la resolución que es objetivamente arbitraria, determinando así en estos la voluntad de adoptarla.

Por ello la sentencia de instancia no condena al Sr. Alejo como autor, sino como cooperador necesario, puesto que no es el acusado quien dicta la resolución, pero su conducta activa, la transcendencia jurídica de su comportamiento se inserta ya en el llamado por la doctrina *dolus malus* como parte de la imputación personal o culpabilidad.

En consecuencia, como hemos dicho en la jurisprudencia citada, el conocimiento por el autor de la resolución objetivamente prevaricadora del contenido de ésta, unido a que dicho contenido sea arbitrario, satisface el juicio de antijuridicidad y es suficiente para justificar la exigencia de responsabilidad al partícipe. Recuerda la doctrina el art. 28 CP recoge que son autores "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado". Con ello, la cooperación necesaria es una forma de autoría, y así lo destaca la doctrina en cuanto suele admitirse que, junto a supuestos de participación, la cooperación necesaria alberga formas de auténtica autoría. Es lo que sucede cuando, por actualizarse la contribución del cooperador necesario en fase ejecutiva, le confiere un dominio funcional del hecho. Sin embargo, el art. 28 ha optado por incluir de una forma global, sin distinción alguna, todos los supuestos de cooperación necesaria en ese grupo de los que sólo "serán considerados autores", con lo que, de acuerdo con su estricto tenor literal, habría que concluir afirmando que es aquí donde se están contemplando todas las formas de cooperación necesaria, y lo que hace es sacar la complicidad al art. 29 CP. Recuerda la sentencia 362/2010 que no puede pasar desapercibido que la imputación genérica por el art. 28 CP incluye como título de participación, dentro de los autores, a los cooperadores necesarios.

Pues bien, en el presente caso, según se ha venido razonando, estamos ante un supuesto en que el acusado presentó un escrito de alegaciones contra la sanción impuesta al vehículo de su hermano, lo que supone un acto necesario para que se dictara una resolución que era patentemente contraria a derecho, constitutiva de una ilegalidad de tal entidad que no puede ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; y que ha ocasionado un resultado materialmente injusto, el sobreseimiento del expediente, mientras que el mismo día y como consecuencia del mismo evento, al menos, otro vehículo fue también sancionado rechazando el acusado las alegaciones vertidas por la propiedad del mismo.

En definitiva, aplicando la jurisprudencia citada al caso concreto, no hay obstáculo para afirmar la cooperación necesaria en este delito especial del acusado cuando concurre una decisión arbitraria, objetivamente considerada, en un asunto administrativo, aunque las autoridades -testigos a los que se refiere el recurrente- no lo hicieran a sabiendas de su injusticia, y, en consecuencia, no sean condenados.

El motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- En virtud de todo lo argumentado, ha de desestimarse el recurso de casación, con imposición a la recurrente de las costas de esta instancia (art. 901 de la LECr.).

FALLO

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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de **Alejo** , contra Sentencia de fecha 28 de noviembre de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2ª, en el Procedimiento Abreviado 83/2017 por delito de **prevaricación** administrativa.

2º) Imponer a la recurrente las costas de esta instancia.

Comuníquese esta sentencia a la Audiencia Provincial de instancia con devolución de la causa, interesando el acuse de recibo de todo ello para su archivo en el rollo.



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.

FONDO DOCUMENTAL AL CINCO

