

## **STC 59/2018, de 4 de junio de 2018**

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Encarnación Roca Trías, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 4731-2017, promovido por don Antonio Peñuela González y don Enrique Montalvo García, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Marta Isla Gómez y bajo la dirección del Letrado don Evaristo Llanos Sola, contra la Sentencia de 21 de abril de 2017, dictada en el recurso de apelación núm. 217-2017 por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, así como contra el Auto de la misma de 19 de julio de 2017, desestimatorio del sucesivo incidente de nulidad de actuaciones. Ha comparecido el Procurador de los Tribunales don Pablo José Trujillo Castellano, en representación de don Mario Callejón Berenguel, asistido por el letrado don Alfredo Najas de la Cruz. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 28 de septiembre de 2017, la Procuradora de los Tribunales doña Marta Isla Gómez, en nombre y representación de don Antonio Peñuela González y don Enrique Montalvo García, interpuso recurso de amparo por vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 CE contra la Sentencia de 21 de abril de 2017, dictada en el recurso de apelación núm. 217-2017 por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, así como contra el Auto de la misma de 19 de julio de 2017, desestimatorio del sucesivo incidente de nulidad de actuaciones. En aquella, en procedimiento por delito de prevaricación administrativa, se impuso a los ahora demandantes la pena de inhabilitación

especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, además del pago de las costas procesales, tras haber sido inicialmente absueltos en la Sentencia de instancia.

En la demanda de amparo se solicitaba por otrosí, ex artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la suspensión de los efectos de las resoluciones impugnadas, por cuanto su ejecución podría causar perjuicios irreparables, señaladamente al Sr. Peñuela, ya que de tomar efectos perdería su condición de Alcalde de Partaloa (Almería), con perjuicio para el municipio. Por ATC 2/2018, de 22 de enero, se denegó la suspensión solicitada.

## 2. La demanda trae causa de los siguientes hechos:

a) El relato fáctico de la sentencia de primera instancia declaraba que los recurrentes en amparo, concejales del Ayuntamiento de Partaloa (Almería), elaboraron y firmaron el día 24 de agosto de 2011 un documento junto a otro concejal y el anterior alcalde, en el ejercicio de sus respectivos cargos y como miembros del equipo de gobierno de la corporación municipal, por el que acordaban rescindir la relación de servicios que hasta la fecha prestaba para el Ayuntamiento como secretario-interventor don Mario Callejón Berenguel, que ha comparecido en este proceso de amparo, sin que quedara en cambio acreditado que dicho documento fuera una verdadera resolución administrativa y no un acuerdo político, ni siquiera que los acusados supieran que con dicho documento llevaran a cabo su efectivo cese o que fuera a producirse este sin cumplir el debido procedimiento, así como tampoco que fuera notificado al afectado.

Pese a ello, el entonces alcalde, no recurrente en este procedimiento de amparo, en desarrollo de tal acuerdo, sin incoar expediente administrativo alguno, a sabiendas de que carecía de competencia para acordar el cese y de que el mismo no se ajustaba a la legalidad aplicable al secretario-interventor, procedió a dictar una resolución administrativa el día 1 de septiembre de 2011 por la que se acordaba proceder a la baja y revocación como secretario-interventor del ayuntamiento de don Mario Callejón Berenguel, resolución que le fue notificada como también a la Dirección General de la Función Pública de la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. Con base en ella dejó de prestar servicios en aquella condición desde la fecha de la resolución citada.

b) En el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Huerca-Overa se incoó el procedimiento abreviado núm. 20-2014, por delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código

penal, cuyo enjuiciamiento correspondió al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Almería (procedimiento abreviado núm. 33-2016), que en fecha 7 de diciembre de 2016 dictó sentencia en la que condenó al entonces Alcalde y absolvió a los demandantes de amparo.

Respecto de los ahora recurrentes señalaba la Sentencia que resultaba difícil sostener que el documento firmado, previo a la resolución formal de cese dictada por el Alcalde, tuviera naturaleza jurídica de resolución administrativa en sentido estricto, más cuando no constaba que fuera notificado al afectado, al que solo queda acreditada la notificación de la resolución de cese de 1 de septiembre de 2011. Se razonaba que el acuerdo de 24 de agosto de 2011 no llevaba ni el formato ni el sello del ayuntamiento, ni referencia a expediente administrativo alguno, ni tampoco la intervención de persona que actuara como secretario o fedatario, ni indicación de cuáles fueran las consecuencias jurídicas de tal acuerdo en cuanto a los trámites que debieran seguirse para dar efectividad a dicho cese. Por consiguiente, en opinión del juzgador, no cabía concluir que tal acuerdo de rescisión tuviera la naturaleza jurídica de resolución administrativa; más aún, añadía, vista la inmediatez con la que se dictó la sucesiva resolución de cese, directamente por el alcalde, apenas una semana después. No se daría, en suma, uno de los elementos configuradores del delito: que la autoridad o funcionario haya dictado una resolución administrativa ilegal o contraria a Derecho.

Tampoco quedarían probados, se proseguía a renglón seguido, los elementos subjetivos del delito; en concreto, que los acusados fueran conscientes de adoptar, con aquel acuerdo de finales del mes de agosto, una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia, pues no podría inferirse con rotundidad que esa firma no fuera solo un respaldo político, una propuesta de cese que tuviera que seguir el procedimiento legalmente establecido, es decir, a través de la Dirección General de Administración Local de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, como correspondía. A tal fin, para razonar a continuación la prevalencia del principio de presunción de inocencia, destacaba el juzgador los datos ya indicados más atrás, referidos a los perfiles del documento firmado y a la intervención unilateral del alcalde, que fue la que produjo verdaderos efectos jurídicos. Por consiguiente y al no existir prueba de ratificación por dichos acusados de tales actos, no podía darse por contrastado que sus voluntades confluyeran en la formación de la resolución injusta o arbitraria dictada, pues no había constancia de acta del pleno o de la junta de gobierno local en la que obraran tal ratificación.

c) La anterior resolución fue recurrida en apelación por don Mario Callejón, solicitando que se “anule y revoque parcialmente la Sentencia apelada, en cuanto a la Absolución de Don Antonio Peñuela González y don Federico Molina Mora [el otro concejal acusado, no recurrente en este proceso constitucional], dictando otra en la que se resuelva la devolución de las actuaciones al órgano que dictó la Sentencia Apelada, con expresión de si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa”, alegando para fundamentar su pretensión la existencia de una errónea valoración de la prueba, ya que a su juicio de la misma se deducía que los acusados dictaron una resolución administrativa con conocimiento y a sabiendas de que con ella se llevaba a cabo el cese efectivo del secretario-interventor sin respetar el procedimiento legal establecido.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, señalando no obstante en su escrito que “el Acuerdo elaborado... cumple los requisitos necesarios para considerarse resolución administrativa por lo que procede la condena de los mismos”; esto es, de los tres concejales acusados, entre ellos los dos recurrentes en amparo, que expresamente citaba por sus nombres. Y especifica después que “no habiéndose solicitado la condena de Enrique Montalvo García en el recurso de Apelación interpuesto y habiendo participado el mismo en el mencionado Acuerdo, interesa que los efectos del recurso interpuesto, sean extensivos al mismo. Es por ello que interesa que tras los trámites oportunos se remita al órgano encargado de su resolución y se proceda a su confirmación”.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia el día 21 de abril de 2017. En el apartado de hechos probados procede a una modificación del relato histórico del que resulta que el acuerdo de 24 de agosto de 2011 se adoptó “a sabiendas que con él llevaban a cabo el cese efectivo del secretario-interventor Mario Callejón Berenguel sin respetar el procedimiento legalmente establecido y conociendo que carecían de competencia para ello”, suprimiendo en coherencia con lo anterior el párrafo de los hechos probados de la sentencia de instancia que, por su parte, declaraba que “(n)o ha quedado acreditado que el documento de 24 de agosto de 2011, elaborado por los acusados... fuera una verdadera resolución administrativa del Ayuntamiento de Partaloa y no un acuerdo político y ni que éstos lo elaboraran con conocimiento y a sabiendas que con él llevaban a cabo el cese efectivo del secretario-interventor... o que dicho cese fuese a realizarse sin respetar el procedimiento legalmente establecido, no constando que dicho acuerdo fuera notificado en legal forma a Mario

Callejón”. Considera seguidamente la Sala, en el fundamento de Derecho segundo de su sentencia, que el recurso de apelación por adhesión del Fiscal es autónomo del formulado por la acusación particular, que podía por ello alegar en él los motivos que estimara; entre ellos, se incluyó una petición de condena a los ahora demandantes de amparo. Partiendo de esa delimitación de las pretensiones y entrando en el examen de fondo, tras entender que el acuerdo de finales de agosto era una resolución administrativa y que estuvo en el ánimo de los acusados absueltos poner fin a la relación de servicios del secretario-interventor sin respetar el procedimiento legal y careciendo de competencias para ello, estimó la Sala el recurso y condenó a los acusados por delito de prevaricación administrativa. Razonaba, con cita de jurisprudencia constitucional, que cuando la apelación se plantea contra una sentencia absolutoria, y el motivo de la apelación versa sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resulta necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas, no siendo tal práctica precisa, sin embargo, en aquellos supuestos en los que el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria es una cuestión estrictamente jurídica sobre la base de unos hechos que la Sentencia de instancia también considera acreditados o cuando se trata de la apreciación valorativa de prueba documental; en esos supuestos, el Tribunal ad quem sí puede llegar a una conclusión distinta. Justamente, se afirmaba, lo que ocurría en el caso de autos, en el que el cambio de criterio frente al mantenido en la instancia quedaría apoyado en el tenor literal del acuerdo de agosto de 2011.

Con ese fundamento y cita de una Sentencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de resolución administrativa, declaró que el acuerdo controvertido no era un acto político o de gobierno, sino una resolución o acto administrativo que contenía una declaración de voluntad de valor decisorio que afectaba a derechos de los administrados y/o de la colectividad, respondiendo a una vocación clara de rescindir, revocar y poner fin a la relación de servicios que prestaba el secretario-interventor. Así se desprendería del texto literal del acuerdo, que decía: “hemos adoptado el acuerdo de rescindir la relación de servicios”. Un acto, en fin, continuaba el pronunciamiento, contradictorio con el Derecho de forma patente y grosera, que desborda la legalidad de un modo evidente y clamoroso y supone un ejercicio arbitrario del poder que desvela una mera voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, resaltando particularmente, con fórmula de interrogante, cómo podría en otro caso comprenderse que el acuerdo fijara incluso la fecha de efectos de lo firmado, que solo días

después el alcalde dictara una resolución de cese que comunicó a los organismos competentes o que uno de los condenados ahora recurrentes, el señor Peñuela, participara en el pleno que se celebró el día 20 de abril de 2011 y en el que el alcalde hizo referencia y dio cuenta del régimen en el que se encontraba el secretario-interventor y su condición de funcionario de habilitación nacional.

Aludiendo a dicha documental, así interpretada, la Sentencia de apelación procedió a revocar la de instancia y a condenar a los acusados como autores de un delito de prevaricación administrativa en grado de consumación, con la concurrencia de la atenuante simple de dilaciones indebidas, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, además del pago de las costas procesales.

d) Contra la anterior resolución se interpuso incidente de nulidad de actuaciones alegando falta de motivación e incongruencia lesivas del artículo 24.1 CE, por entender que el fallo de la sentencia excedía lo solicitado en el recurso de la acusación particular, que únicamente pretendía la anulación de la sentencia de instancia y la devolución de las actuaciones al Juzgado de lo Penal, no la condena de los acusados. Asimismo, por vulneración del artículo 24.2 CE, al haberse modificado en apelación los hechos probados y revisado la inferencia del juzgador a quo, causando indefensión y lesionando el derecho a un proceso con todas las garantías por falta de inmediación en la revisión de las pruebas, suprimiendo y añadiendo hechos probados relativos a los elementos subjetivos del tipo penal, y vulnerando también el derecho a la presunción de inocencia, al no existir motivación de la prueba de cargo e inferirse el dolo directo de los acusados prescindiendo de todas las pruebas personales e indicios que el juzgador de instancia había valorado y analizado.

El incidente de nulidad de actuaciones fue desestimado por Auto de 19 de julio de 2017, en el que se razona que el Ministerio Fiscal interesó la condena de los acusados, que el recurso de apelación por adhesión es autónomo del articulado por la acusación particular y que en la sentencia fue expuesta la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de condenar en segunda instancia a quien había sido absuelto en la primera.

3. Don Antonio Peñuela González y don Enrique Montalvo García interponen demanda de amparo contra la Sentencia de fecha 21 de abril de 2017, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, y contra el Auto del mismo órgano judicial, de 19 de julio

de 2017, resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones. Estiman que se habría vulnerado, de un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), porque la Sentencia de apelación procede a la condena de los recurrentes cuando la acusación particular solo solicitaba que se anulase la resolución de instancia con devolución de las actuaciones, incurriéndose en incongruencia extra petitum y en arbitrariedad; y, de otro, los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al incumplirse la doctrina constitucional sobre las garantías en las condenas en segunda instancia y desconocerse que el juzgador a quo tuvo en cuenta una variada y abundante prueba personal, como las declaraciones de los acusados y de diversos testigos, que la Sala desatendió y sustituyó por una valoración distinta sin práctica de prueba en su presencia.

4. Por medio de providencia de 18 de diciembre de 2017, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que en el mismo concurre una especial trascendencia constitucional porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)]. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se ordenó dirigir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería y al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Almería para que remitieran las actuaciones correspondientes (apelación recurso núm. 217-2017 y procedimiento abreviado núm. 33-2016, respectivamente), y al último citado para que procediera a emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Compareció el Procurador don Pablo Trujillo Castellano en nombre y representación de don Mario Callejón Berenguel, mediante escrito registrado en este Tribunal el día 9 de enero de 2018. Por medio de diligencia de ordenación de 6 de febrero de 2018 se acordó tenerle por personado en la representación que ostenta y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de 20 días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. El día 8 de marzo de 2018 presentó sus alegaciones la representación de don Mario Callejón Berenguel. Tras poner de manifiesto que el Ministerio Fiscal solicitó en su escrito de adhesión al recurso la condena de los acusados, sin que existiera por ello error o incongruencia extra petitum en la sentencia impugnada, añade que, como razonara la Audiencia Provincial, el

fundamento de la resolución judicial residió en la prueba documental, sin que existiera entonces una desviación de la doctrina constitucional relativa a las condenas en segunda instancia. A su parecer, en resumida síntesis, la Sentencia de apelación despejó la cuestión jurídica relativa al concepto de resolución administrativa, calificando con base en jurisprudencia que cita la naturaleza jurídica del acuerdo de agosto de 2011, sin emplear en ello nada que no fueran los términos literales del propio acuerdo y sin valorar pruebas de carácter personal, siendo la conclusión alcanzada sobre los elementos subjetivos del tipo penal la mera consecuencia de la respuesta del pronunciamiento sobre la naturaleza del citado documento. Por consiguiente, no cabe apreciar ni la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías ni la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al existir prueba de cargo válida para sustentar la condena que fue dictada, podrían a su criterio prosperar.

7. El Fiscal interesó el otorgamiento del amparo por escrito registrado en este Tribunal el día 13 de marzo de 2018. Se opone a la estimación del primer motivo del recurso, articulado al amparo de los artículos 24.1 y 24.2 CE, por existencia de error sobre la petición de condena y consiguiente incongruencia de la Sentencia de apelación recurrida, toda vez que el escrito de adhesión al recurso de apelación interpretado en su conjunto permite llegar a la conclusión que alcanzó la Sentencia. Con relación a las quejas restantes postula que “aunque la Audiencia Provincial manifieste que solo basa la modificación de hechos probados en la prueba documental mencionada, lo cierto es que con el mencionado añadido, introduce el examen de los hechos que constituyen la base del elemento subjetivo del delito: el conocimiento de que se está dictando una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia, y que ... la actual doctrina del Tribunal Constitucional (por todas la STC 125/2017) dice que vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad, siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal”. En suma, la Audiencia Provincial, para modificar los hechos probados, añadiendo que los acusados absueltos tenían conocimiento de la ilicitud de su acto, hizo una nueva valoración del elemento subjetivo del delito, lo que hacía necesaria la audiencia, que no se dio, vulnerando por ese concreto motivo el artículo 24.2 CE.

Considera en cambio que no se vulneró el derecho a la presunción de inocencia, al no existir impugnación por ilicitud de las pruebas documentales en las que se fundó la condena y por reconducirse el recurso de amparo a la necesidad de intermediación para valorar las pruebas. Y concluye solicitando que se aprecie la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE), por infracción de la garantía de audiencia personal en segunda instancia, con la consiguiente nulidad de las resoluciones impugnadas y retroacción de las actuaciones para que se ofrezca a los demandantes la posibilidad de ser oídos en los términos indicados.

8. Los recurrentes en amparo no evacuaron el trámite de alegaciones, según deja constancia la Secretaría de Justicia en diligencia de 14 de marzo de 2018.

9. Por providencia de 31 de mayo de 2018 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 4 de junio del mismo año.

## **II. Fundamentos jurídicos**

1. La demanda de amparo se dirige, por vulneración de los artículos 24.1 y 24.2 CE, contra la Sentencia de 21 de abril de 2017, dictada en el recurso de apelación núm. 217-2017 por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda, así como contra el Auto de la misma de 19 de julio de 2017, desestimatorio del sucesivo incidente de nulidad de actuaciones. En aquella, en procedimiento por delito de prevaricación administrativa, se impuso a los ahora demandantes la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años, además del pago de las costas procesales, tras haber sido inicialmente absueltos en la Sentencia de instancia.

Los demandantes argumentan que la sentencia de apelación procede a su condena pese a que la acusación particular solo solicitaba que se anulase la resolución de instancia con devolución de las actuaciones, que se ha incumplido la doctrina constitucional sobre la garantía de la intermediación en la valoración de las pruebas y el derecho de defensa en segunda instancia. Asimismo, se ha infringido el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), toda vez que el juzgador a quo tuvo en cuenta una variada y abundante prueba personal, como las declaraciones de los acusados y de diversos testigos, que la Sala desatendió efectuando una

valoración distinta sin práctica de prueba y en contra de lo dispuesto por la doctrina de este Tribunal sobre la valoración de pruebas personales.

El Ministerio Fiscal, tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes, solicita que se otorgue parcialmente el amparo y que se anule la sentencia de apelación y el posterior auto, por haberse visto vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa de los demandantes (art. 24.2 CE), por infracción de la garantía de audiencia personal en la segunda instancia, al haber sido condenados por un tribunal que no les había oído, rechazando el fundamento de las restantes lesiones invocadas en el recurso. Por su parte, la representación de don Mario Callejón Berenguel interesa la desestimación del recurso, con las bases argumentales que fueron recogidas en los antecedentes de esta resolución, señaladamente porque hubo petición de condena en la apelación por adhesión del Fiscal y porque la resolución del proceso gravitó alrededor de prueba de carácter exclusivamente documental.

2. Debe estimarse, como postulan el Ministerio Fiscal y la representación de don Mario Callejón Berenguel, que era posible apreciar una petición de condena en el escrito de adhesión al recurso de apelación presentado por el Fiscal, toda vez que a este proceso no le era aplicable la reforma del artículo 792.2 de la Ley de enjuiciamiento civil operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. La Audiencia Provincial, en la Sentencia de 21 de abril de 2017 y señaladamente en el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, admitió que la acusación particular no solicitaba condena en apelación, sino solo la declaración de nulidad de la inicial sentencia absolutoria, pero justifica razonadamente que sí la formuló en su escrito el Fiscal y que podía hacerlo alegando autónomamente los motivos que considerara oportunos. Y es lo cierto que, conforme a lo transcrito en el apartado de antecedentes de este pronunciamiento, el Fiscal solicitó “la condena” de los ahora recurrentes, que citaba expresamente en su escrito, interesando en ese sentido la extensión de los efectos del recurso a don Enrique Montalvo García, por haber participado como los restantes implicados en el acuerdo controvertido, aunque contra él no se hubiera dirigido el apelante principal. Una conclusión alcanzada por la Audiencia Provincial de Almería y deducida del tenor del escrito de adhesión a la apelación que no solo es viable en atención a sus términos sino que además resulta la más natural de conformidad con sus contenidos literales, sin que la queja formulada pueda entonces prosperar.

3. Entrando en el análisis de las restantes vulneraciones, los demandantes de amparo manifiestan la infracción de su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción

de inocencia (art. 24.2 CE), por desconocer que el juzgador a quo tuvo en cuenta una variada y abundante prueba personal, como las declaraciones de los acusados y de diversos testigos, que la Sala desatendió y sustituyó por una valoración distinta sin audiencia de los acusados, en contra de lo dispuesto por la doctrina de este Tribunal sobre las pruebas personales y su valoración con intermediación del órgano revisor.

Es conveniente comenzar en este punto efectuando una sintética exposición de la evolución de la doctrina constitucional relativa al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa (art. 24.2 CE), vinculada a las condenas o a la agravación de las mismas en vía de recurso. A tal fin es oportuno sintetizar la doctrina constitucional efectuada en la STC 146/2017, FFJJ 6 y 7, que recordaba que el derecho a un proceso con todas las garantías ha sido objeto de un detenido y extenso análisis en numerosas sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekbatani c. Suecia*, o de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu c. Rumania*). Así y por ejemplo, en la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el pleno de este Tribunal Constitucional señaló que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

Desde entonces se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (por ejemplo, SSTC 126/2012, de 18 de junio, FJ 2; 22/2013, de 31 de enero, FJ 4, y 43/2013, de 25 de febrero, FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4, o 1/2010, de 11 de enero, FJ 3)—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha declarado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales (así, SSTC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 5, o 153/2011, de 17 de octubre, FJ 4), o de pruebas periciales documentadas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 142/2011, de 26 de septiembre, FJ 3)—; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la inmediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, SSTC 43/2007, de 26 de febrero, FJ 6, o 91/2009, de 20 de abril, FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6, o 2/2013, de 14 de enero, FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito —que serán como se dirá decisivos para la resolución del presente caso— se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de inmediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías reside en verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamenta en elementos de prueba que exijan inmediación (por todas, SSTC 127/2010, de 29 de noviembre, FFJJ 3 y 4, o 126/2012, de 18 de junio, FJ 3). O, por el contrario, se vincula con pruebas que no tengan carácter personal (así, STC 137/2007, de 4 de junio, FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados. En este último caso, la citada Sentencia 167/2002 argumenta que se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la inmediación (además y entre otras, SSTC 328/2006, de 20 de noviembre FJ 3, o 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 2).

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 inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testificales, 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).

4. La aplicación de los criterios expuestos al presente caso permite apreciar la existencia de una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en razón de la estimación realizada de la concurrencia del elemento subjetivo en la sentencia recurrida: ánimo de los acusados de poner fin con su acuerdo de agosto a la relación de servicios del secretario-interventor sin respetar el procedimiento legalmente establecido y conociendo que carecían de competencia para ello. A esa convicción sobre el particular, en efecto, llegó la Audiencia Provincial en contra de lo que declaró el juzgador a quo. Razonaba la Sala: “Entendemos que dicho ánimo estuvo presente y se desprende sin género de dudas de la sola lectura del acuerdo en cuestión. Es tan clara y patente la voluntad de cesar al secretario interventor, que así se expresa en el acuerdo, ‘hemos adoptado el acuerdo de rescindir la relación de servicios que hasta la fecha prestaba para el Ayuntamiento de Partalooa con efectividad desde el 31 de agosto de 2011’, que no podemos llegar a conclusión distinta”. Más tarde, tras indicar que la contradicción con el Derecho del acuerdo adoptado era patente y grosera y que no podía acogerse la tesis de que los concejales tuvieran la sola intención de respaldar políticamente el cese, proponerlo por el procedimiento legal o trasladar su malestar sobre el estado del Ayuntamiento, añadía que los acusados “conocían y querían el cese inmediato del secretario interventor”, esto es, que concurría el elemento subjetivo del dolo, resultado que se dice alcanzar con base en el acuerdo en cuestión y a la participación de dos de los concejales acusados en un Pleno donde el alcalde hizo referencia al régimen jurídico rector de la relación del secretario-interventor y su condición de funcionario de habilitación nacional.

No existe objeción, ni siquiera impugnación fundada en la exigencia de inmediación sobre la apreciación realizada por la Audiencia Provincial en cuanto al elemento normativo de la naturaleza jurídica del acuerdo (resolución administrativa ilegal, según la ha calificado la Sentencia recurrida). No obstante, cuando el órgano judicial efectúa la inferencia de la intención o ánimo que tenían los recurrentes de llevar a cabo la conducta de naturaleza antijurídica, alcanzando en este punto sus conclusiones sin ponderar las declaraciones personales evacuadas por los acusados en la instancia, se introdujo, sin cumplir las garantías constitucionales en la revisión, en una realidad jurídico penal intrínsecamente vinculada con elementos subjetivos del delito. Lo hizo sin atender a sus testimonios y sin vista pública para que fueran oídos. Y sobre la base de un razonamiento deductivo de los términos del acuerdo de agosto de 2011, tras modificar los hechos probados y considerar a aquél una resolución administrativa, se afirma adicionalmente que concurría el dolo en la acción enjuiciada, revocando la previa absolución sin cumplir la exigencia de la audiencia personal del acusado 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. En otras palabras, no versaba en ese punto sobre estrictas cuestiones jurídicas sino sobre un parámetro de índole anímica o interna —la voluntad de llevar a cabo la acción a sabiendas de su ilicitud— determinante de la culpabilidad o de la inocencia.

La reconsideración de los hechos estimados probados en primera instancia no se limitó, si se prefiere expresarlo en otros términos, a una mera discrepancia jurídica; se extendió, antes bien, sobre la apreciación del ánimo de consumir la conducta ilícita. Y el órgano judicial afirmó que hubo intencionalidad de dictar un acuerdo ilícito de cese por parte de los demandantes, sin valorar directamente su testimonio y contradiciendo las apreciaciones del juzgador a quo que sí había oído a los acusados y a otros testigos. 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 (en relación con ello, entre otras, S TEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y, con posterioridad, STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España). Es esta una garantía, por tanto, que no se ha satisfecho en el presente caso

en lo referente al elemento subjetivo del dolo, al relacionarse tanto en el debate procesal, como en el tipo penal aplicado con el ánimo de actuar con plena conciencia y voluntad deliberada e inequívoca contra el ordenamiento jurídico, a sabiendas de la ilicitud de la conducta.

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 (STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 9).

5. En el presente caso, como ya se ha expuesto anteriormente, ha quedado acreditado, en primer lugar, que la absolución en la primera instancia del delito de prevaricación administrativa del que eran acusados los recurrentes se fundamentó en que no quedaban probados elementos objetivos y subjetivos del delito. Igualmente, que en el grado jurisdiccional de apelación se procedió a su condena, tras modificarse la declaración de hechos probados de la Sentencia de instancia y realizarse otra valoración de la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito, sin celebración de vista pública, argumentándose que el acuerdo de agosto de 2011 era una resolución administrativa ilegal o contraria a Derecho y que existía dolo en la acción de los recurrentes en amparo. En atención a lo expuesto en el fundamento anterior, y tal como también ha solicitado el Ministerio Fiscal, hemos declarado vulnerado el derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que han sido condenados en segunda instancia sin que se les hubiera dado la posibilidad efectiva de dirigirse personalmente ante el órgano judicial de apelación para exponer su versión personal sobre su participación en los hechos que se les imputaban y en virtud de una actividad probatoria en cuyo acervo concurrían pruebas personales que no han sido practicadas ante el órgano judicial de apelación con respeto a las garantías de publicidad, inmediación y contradicción.

Los recurrentes, además, han alegado que su condena en estas circunstancias ha supuesto una vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Este Tribunal ha reiterado, en relación con el derecho a la presunción de inocencia, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerar vulnerado este derecho cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración,

o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (por todas, STC 16/2012, de 13 de febrero, FJ 3). Igualmente también se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de este derecho se extiende a verificar si se ha dejado de someter a valoración la versión o la prueba de descargo aportada, exigiéndose ponderar los distintos elementos probatorios (así, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 2).

Como señalara el Pleno de este Tribunal en la STC 88/2013, de 11 de abril, FJ 12, y reiterara la STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 9, “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”.

A conclusión idéntica debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate —como ocurre en el presente caso con el ánimo de llevar a cabo la conducta antijurídica a través del dictado de una resolución administrativa ilícita o contraria a Derecho a sabiendas de su ilicitud— no haya sido objeto de

consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías, dado que, como en esta ocasión acontece, la concurrencia de dicho elemento subjetivo solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de los acusados con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de dichos testimonios es absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad de los acusados y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatario, 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 aquéllos.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatario de los acusados, practicado a presencia del órgano judicial que condenó, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

6. La declaración de que se ha vulnerado a los recurrentes su derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) determina la anulación de la resolución judicial impugnada y la del Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones en tanto que no reparó dichas vulneraciones.

## **F A L L O**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Antonio Peñuela González y don Enrique Montalvo García y, en consecuencia:

1º Declarar que han sido vulnerados sus derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de 21 de abril de 2017, dictada en el recurso de apelación núm. 217-2017 por la Audiencia Provincial de

Almería, Sección Segunda, así como del Auto de la misma de 19 de julio de 2017, desestimatorio del sucesivo incidente de nulidad de actuaciones.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a cuatro de junio de dos mil dieciocho.