

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11900 *Sala Segunda. Sentencia 88/2019, de 1 de julio de 2019. Recurso de amparo 1441-2018. Promovido por doña Ana María Sendra Rodas en relación con la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que la condenó por un delito contra la ordenación del territorio. Vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: condena pronunciada sin brindar a la acusada la posibilidad de dirigirse al órgano judicial de apelación (STC 59/2018). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:88

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, presidenta y los magistrados 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, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1441-2018, promovido por doña Ana María Sendra Rodas, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2017, núm. 734/2017, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia el día 5 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia (con sede en Paterna) en el procedimiento abreviado núm. 374-2015 y condenó a la recurrente en amparo, como autora de un delito contra la ordenación del territorio, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante la duración de la condena y multa de doce meses con cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad legal en caso de impago de la misma, así como a la demolición de la obra controvertida y al pago de las costas procesales. Igualmente se dirige el recurso contra el auto núm. 106/2018, de 31 de enero, del mismo órgano judicial, que desestimó el sucesivo incidente de nulidad de actuaciones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de marzo de 2018, doña Ana María Sendra Rodas, representada por la procuradora de los Tribunales doña María Dolores Girón Arjonilla y bajo la dirección del abogado don Cesar Olmos Rochina, interpuso recurso de amparo, por vulneración del art. 24.2 CE, contra la sentencia de 29 de noviembre de 2017, núm.734-2017, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia el día 5 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia (trasladado a Paterna) en el procedimiento abreviado núm. 374/2015 y condenó a la recurrente en amparo, como autora de un delito contra la ordenación del territorio, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio durante la duración de la condena y multa de doce meses con cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad legal en caso de impago de la misma, así como a la demolición de la obra controvertida y

al pago de las costas procesales. Igualmente se dirige el recurso contra el auto núm. 106/2018, de 31 de enero, del mismo órgano judicial, que desestimó el sucesivo incidente de nulidad de actuaciones.

En la demanda de amparo se solicitaba por otrosí, ex art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la suspensión de los efectos de las resoluciones impugnadas, en cuanto a la condena relativa a la demolición de la obra. Por ATC 129/2018, de 13 de diciembre, se acordó la suspensión solicitada.

2. La demanda trae causa de los siguientes hechos:

a) La recurrente en amparo fue absuelta por sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 17 de Paterna, de 5 de mayo de 2017, del delito contra la ordenación del territorio por el que venía siendo acusada.

En dicha sentencia se establecían los siguientes hechos probados:

«La acusada, la Sra. Sendra es propietaria de la vivienda sita en la parcela n.º 142, de la Partida de Carassols de la localidad de Riba-roja del Túria, donde realizó obras de sustitución y ampliación de una vivienda unifamiliar que ya existía cuando ella la adquirió siendo inicialmente de 28 m2 pasando a ser de 70 m2 en dicha parcela. De tales obras, la acusada solicitó licencia al ayuntamiento de Riba-roja del Túria, pero se la denegaron. Dicha parcela se halla en terreno que constituye suelo no urbanizable común de grado 0 conforme al plan general de ordenación urbana de Riba-roja del Túria».

Con cita de sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia y del Tribunal Supremo, razonaba el juzgador: (i) que los delitos urbanísticos tipificados en el Código penal de 1995 tienen su fundamento en el art. 45.3 CE; (ii) que el bien jurídico protegido en esos delitos no es tanto la normativa urbanística como el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del suelo orientada a los intereses generales; (iii) que la filosofía que emana de la norma constitucional es la de castigar las conductas objetivamente más graves que ocasionen consecuencias verdaderamente trascendentes y dañosas para la ordenación del territorio; (iv) que, en concreto, el art. 319.2 del Código penal castiga conductas objetivamente graves y dolosas que ataquen un bien jurídico comunitario: la utilización racional del suelo y la adecuación de su uso al interés general y (v) que las infracciones administrativas incardinables en la norma penal solo pueden ser aquellas que *per se* alcanzan un contenido de gravedad suficiente o, lo que es igual, que las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido por la norma penal deben tener entidad suficiente para justificar su aplicación.

Y afirmaba después, sobre el caso de autos, que las obras realizadas no eran de una gravedad o entidad suficientes como para entenderlas gravemente atentatorias para la ordenación del territorio en el que se halla enclavada la construcción, y ello porque: (i) cuando la acusada adquirió la parcela ya existía una vivienda unifamiliar construida en ese terreno, de suerte que la intervención que realizó no constituyó una obra nueva, sino solo la ampliación de la edificación ya existente; (ii) aunque la parcela se hallase enclavada en suelo calificado como no urbanizable común de grado cero, el plan general de ordenación urbana de Riba-roja permite realizar obras en ese tipo de suelos, si bien sea bajo unos parámetros y requisitos previstos en dicho Plan; (iii) desde el prisma penal, lo relevante no es el cumplimiento de las normas de ordenación, sino el impacto medioambiental que causen las obras realizadas; impacto que no existiría en el presente caso porque, «como puede observarse de la documental que obra en autos, la vivienda ampliada por la Sra. Sendra, no se trata de una vivienda aislada en la Partida de Carassols, sino que se trata de una vivienda inserta dentro de un conjunto de viviendas, entre quince y veinte»; (iv) de la testifical del inspector de obras del ayuntamiento se desprendía que en el momento de realización de las obras, en el año 2012, la parcela se encontraba enclavada en un «núcleo de viviendas en suelo no urbanizable», concepto que viene establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley autonómica 10/2004,

de 9 de diciembre, del suelo no urbanizable, señalándose en ella que en ese suelo se consideran núcleos de viviendas consolidados que deben minimizar su impacto territorial los formados por un conjunto de más de diez viviendas existentes dentro de un círculo de cien metros de radio, cuya implantación se haya efectuado al margen de los procesos formalizados de urbanización y edificación, y que en ese tipo de núcleos los ayuntamientos deben regularizar tales situaciones y construcciones, pasando a tener un régimen muy similar al del suelo urbanizable, minimizando el impacto territorial generado y (v) finalmente, de la misma testifical se sigue que en la zona existe agua, luz y un servicio municipal de residuos, confirmando el inspector de obras municipal, de forma implícita, que la vivienda controvertida se encuentra dentro de un núcleo de viviendas consolidado de aquel carácter, en suelo no urbanizable pero de régimen similar al del suelo urbanizable, lo que también fue refrendado por el perito de parte propuesto por la recurrente en amparo, quien tanto en su informe como en su declaración en la fase del plenario así lo afirmó, con rotundidad.

Con base en todo ello, y considerando que la acusada pudo incurrir en un error de prohibición, concluía el juzgador que no cabía apreciar el dolo que exige este ilícito penal, «ya que como ella misma reconoció en su interrogatorio, cuando fue a pedir la licencia de obras al ayuntamiento de Riba-roja, el técnico municipal le informó que esas obras no eran legalizables y por tanto, no se le podía conceder licencia, y cuando preguntó por qué el resto de vecinos sí que habían podido construir, el técnico le contestó que lo que habían hecho los demás era realizar la construcción y cuando les había llegado la sanción administrativa, la habían pagado y así evitaban la demolición de las construcciones. Y que ella hizo lo mismo, de hecho llegó a abonar cerca de 28.000 € por la sanción administrativa, y que luego le devolvieron porque a ella, a diferencia del resto de vecinos, la habían llevado a un proceso penal y exigido la demolición de las obras». Tal práctica, proseguía la sentencia, «si bien fue negada por el sr. Vidal, arquitecto técnico del ayuntamiento de Riba-roja del Túria, sí fue insinuada por el propio inspector de obras del ayuntamiento», que «si bien no con esas mismas palabras pero sí dijo que la costumbre y el sentir general de los vecinos era realizar construcciones, pagar la multa administrativa y así evitar la demolición de las obras, y confirmó que las edificaciones cercanas a la de la Sra. Sendra actuaron de esa manera y ninguna de ellas ha sido demolida».

Por todo ello, concluía la resolución judicial de instancia, no se aprecia el dolo o elemento subjetivo del injusto, porque se actuó como era costumbre y porque el impacto medioambiental que causaron las obras fue mínimo, ya que existía una construcción anterior dentro del núcleo de viviendas consolidado sobre suelo no urbanizable.

b) La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia que se recurre en amparo, de 29 de noviembre de 2017, estimó el recurso de apelación sucesivo, articulado por el Ministerio Fiscal, y condenó a la demandante en amparo a las penas ya señaladas, como autora de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 del Código penal (en la redacción vigente hasta el 23 de diciembre de 2010).

Razona la sala que el bien jurídico protegido en esa tipología de delitos es la ordenación del territorio y no exclusivamente la protección del medio ambiental, entendiéndose por tal no sólo la preservación de los espacios naturales y su riqueza, sino también el desarrollo urbano; es decir, la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. En cuanto al caso de autos, desde los elementos objetivos del tipo, afirmaba: (i) que no se realizó una obra de ampliación sino una vivienda nueva, pese a que pudiera existir una edificación anterior; (ii) que, pese a que se encuadrara en un núcleo de viviendas en suelo no urbanizable, eran obras que no eran legalizables, como se desprende de la propia sentencia de instancia y del informe escrito del técnico municipal obrante en autos. De su lado, en su dimensión subjetiva: (i) que no es congruente la apreciación de un error de prohibición por la sentencia de instancia, dado que, según afirman los hechos probados, de tales obras la acusada solicitó licencia al ayuntamiento de Riba-roja del Túria, pero le fue denegada; (ii) que el dolo no es más que el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y

la voluntad de obrar contrariando la prohibición de la norma de conducta, concluyéndose entonces que la acusada «conocía que estaba construyendo sin licencia y realizó la construcción consciente de ello, lo que excluye la posibilidad de un error sobre la antijuridicidad de la acción, no sólo por el conocimiento general de que para construir una vivienda en el año 2011 es necesaria la obtención de las autorizaciones municipales oportunas (licencias), sino en este caso en particular porque ella la había solicitado y le habían dicho que no se podía construir en su parcela, no obstante lo cual amparada, según dice en lo que le dijeron los vecinos —como una especie de costumbre *contra legem*— decidió hacerlo, pensando que la infracción que cometía no excedía del ámbito administrativo, y que pagando una multa quedaría saldada la sanción».

En atención a ello revocaba la sentencia de instancia, absolutoria, y condenaba a la demandante de amparo en los términos ya enunciados.

c) Por auto de 31 de enero de 2018 se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones planteado por la recurrente. Se oponía a que hubiera sido valorada la prueba personal en la sentencia de apelación sin celebración de vista, señalando que el elemento subjetivo del delito no puede resolverse sin intermediación con la prueba personal.

El auto subraya, en cambio, que la cuestión suscitada en segunda instancia no era de orden fáctico, ya que el Tribunal no modificó la conclusión relativa a la concurrencia o no del elemento subjetivo del injusto que se atribuía a la acusada, sino solo el error jurídico de subsunción en el que había incurrido la sentencia recurrida cuando afirmaba que no quedaba acreditado el dolo, pese a que, en sentido contrario, la misma resolución había valorado y consignado en los hechos probados que de tales obras la acusada solicitó licencia al Ayuntamiento de Riba-roja del Túria, que le fue denegada. En opinión de la sala, en suma, la sentencia de instancia exigía erróneamente la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto que no incluye el tipo penal aplicable, «errando sobre la determinación del mismo, no sobre el grado de conocimiento y voluntad de infringir la norma penal que está declarado probado por cuanto conocía la prohibición de construir en dicho lugar, confundiendo la sentencia lo que es dolo cuando afirma que esta creyó más en sus vecinos que le dijeron que no pasaba nada si construía que pagaría la multa sin más consecuencias, que en la respuesta terminante de la administración que la misma no podía ignorar de que no podía construir y pese a ello lo hizo».

Por tanto, continuaba a renglón seguido, «no es una cuestión de volver a valorar la prueba personal, sino un *error iuris* sobre uno de los conceptos básicos que integran la conducta típica del dolo», o después y para terminar: «en modo alguno el Tribunal, como el caso de las sentencias citadas por el promotor del incidente, entiende que la Sra. Sendra Rodas tenía una intención al actuar distinta a la que le atribuye la sentencia de instancia, sino que respeta *ad integrum* la valoración de instancia pero con un significado jurídico distinto, puesto que la concurrencia del dolo se encuentra fijada en los hechos probados de forma correcta, tratándose de un error de subsunción puesto que tal y como se describe en ellos la conducta tiene encaje en el artículo 319 del CP, que la sentencia por error en la determinación de los requisitos típicos no aplica».

3. La demanda de amparo denuncia la infracción del derecho a un proceso con las debidas garantías, del derecho a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

En esencia, respecto de los dos primeros motivos del recurso, se afirma que la sentencia de apelación apreció la existencia del elemento subjetivo del dolo valorando para ello medios de prueba personales en sentido contrario a como fueron considerados en instancia, sin intermediación sobre la prueba personal y con omisión de elementos de prueba también tenidos en cuenta en la sentencia revocada para fundamentar la declaración de inexistencia de dolo. Demostración de todo ello sería que la sentencia de apelación se remita de modo reiterado a la declaración de la acusada en el juicio oral o al informe escrito de un técnico municipal y no a su declaración en el juicio oral sobre dicho informe y, en fin, que pese a esas expresas remisiones se diga (en el auto que cerró el proceso) que no fue necesaria la valoración de medios de prueba, ni personales ni de ningún otro tipo.

En suma, estima que se han interpretado ciertos elementos de prueba personales sin intermediación y contradicción y se han omitido otros, señaladamente las manifestaciones en el juicio oral del inspector de obras del ayuntamiento y las del perito de parte propuesto por la Sra. Sendra. Todo lo cual, a su parecer, tendría particular relevancia porque la sentencia de instancia atendió a esas declaraciones (pruebas personales practicadas en el juicio) en relación con un posible «error de prohibición», excluyente del dolo. Aquellas dos primeras lesiones, por tanto, se darían por esa valoración de pruebas personales y por la omisión de consideración de otras pruebas del mismo carácter, y todo ello, además, sin haber oído personalmente a la acusada, a la que no se le permitió, en consecuencia, defenderse, apreciándose *ex novo* la existencia de dolo y trocando la absolución por condena, en contra de la jurisprudencia constitucional que exige como garantía en esos casos la audiencia en la alzada de la acusada absuelta.

Finalmente, se estima vulnerado asimismo el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en la medida en que la condena en segunda instancia se ha basado en pruebas «inválidas» (como consecuencia de las anteriores vulneraciones), citándose a tal fin la STC 88/2013, de 11 de abril.

4. Por medio de providencia de 26 de noviembre de 2018, 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 la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)]. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, se ordenó dirigir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia y al Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia (Paterna) para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, así como, 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. Por medio de diligencia de ordenación de 15 de marzo de 2019 se acordó, al amparo del art. 52.1 LOTC, dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

6. El día 16 de abril de 2019 presentó sus alegaciones la demandante en amparo, ratificándose íntegramente en los contenidos de su demanda y citando la STC 59/2018, de 4 de junio, posterior a la fecha de presentación de su recurso, al entender que apoya la pretensión formulada.

7. El fiscal interesó el otorgamiento del amparo a través de su escrito de 6 de mayo de 2019.

A su juicio, la Audiencia Provincial, en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del delito contra la ordenación del territorio, realizó una nueva inferencia desde «una revaloración de las pruebas personales». Por un lado, señala, efectuó una nueva valoración de la prueba personal de la declaración de la acusada y el informe escrito de un técnico municipal, para apreciar que concurría el elemento subjetivo y, por otra parte, obvió toda atención sobre el resto de las pruebas personales practicadas en la instancia (testimonio del inspector de obras del Ayuntamiento de Riba-roja y del perito de la parte acusada, señaladamente), que el juzgador *a quo* sí tomó en cuenta en su sentencia para concluir que faltaba en el supuesto enjuiciado el dolo de la acusada, entendiendo que había podido la misma incurrir en un error de prohibición sobre su conducta.

De lo anterior cabe deducir, añade luego, que la diferente inferencia a la que alude la sentencia dictada en apelación sobre la concurrencia del elemento subjetivo del dolo se establece, en realidad, mediante una revaloración de pruebas personales, como la

propia declaración de la acusada, omitiéndose además la relevancia que debía otorgarse al resto de pruebas personales evaluadas de manera conjunta por el juzgador *a quo*. De suerte que la sentencia dictada en apelación, si bien no altera formalmente los hechos probados de la sentencia dictada por el juez de lo penal, se pronunció sobre la cuestión fáctica de la concurrencia del elemento subjetivo del dolo haciendo una nueva apreciación del conjunto de las pruebas personales practicadas en la instancia. Circunstancia que resulta contraria a la ya consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre las garantías del proceso en la segunda instancia cuando se procede a la revocación del fallo absolutorio, condenando a la acusada en apelación sin que se hubieran practicado en una vista las pruebas indicadas, con inmediatez y contradicción, y sin ofrecer a la recurrente en amparo, que rechazaba su culpabilidad, la oportunidad de ser oída personalmente.

Por esas razones, tras citar y reproducir parcialmente sentencias de este Tribunal, concluye que se ha vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías en segunda instancia (art 24.2 CE). Y añade que dicha vulneración determina asimismo que la sentencia de condena dictada haya producido la lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en cuanto que el Tribunal *ad quem* se ha sustentado de manera exclusiva en la ilícita apreciación de esas pruebas personales y sin que excluida esa valoración prohibida existan otras pruebas de cargo que posibiliten la condena de la acusada (cita las SSTC 30/2010, de 17 de mayo; 135/2011, 12 de septiembre; 144/2012, de 2 de julio; 88/2013, de 11 de abril, y 195/2013, de 2 de diciembre).

Para el restablecimiento de los derechos fundamentales del proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del art 24.2 CE, se solicita la declaración de nulidad de la sentencia de 29 de noviembre de 2017 y del auto de 31 de enero de 2018, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones contra la misma, declarando la firmeza de la sentencia dictada el 5 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia.

8. Por providencia de 27 de junio de 2019 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 1 de julio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la sentencia de 29 de noviembre de 2017, núm.734/2017, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, que revocó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia el día 5 de mayo de 2017 por el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia (Paterna) en el procedimiento abreviado núm. 374/2015 y condenó a la recurrente en amparo, como autora de un delito contra la ordenación del territorio. Igualmente se dirige el recurso contra el auto núm. 106/2018, de 31 de enero, del mismo órgano judicial, que desestimó el sucesivo incidente de nulidad de actuaciones.

A juicio de la recurrente, la sentencia de apelación citada infringió su derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia (24.2 CE), y ello porque apreció en ese grado jurisdiccional la concurrencia de elementos típicos, señaladamente elementos subjetivos del delito por el que fue finalmente condenada tras haber sido absuelta en instancia, que no habían sido considerados concurrentes por el órgano *a quo*, sin escuchar presencialmente a la acusada, que no pudo desmentirlos o combatirlos, y sin atender, por lo demás, a otras pruebas personales que fueron valoradas por el juzgador *a quo*. Con ello se habrían lesionado tanto los dos primeros derechos fundamentales alegados como, de forma derivada, el de presunción de inocencia, al carecer la condena de fundamento que sustente la apreciación de la concurrencia del dolo en su conducta. Comparte el Ministerio Fiscal la pretensión, solicitando la estimación del recurso en su integridad, sin retroacción de actuaciones y con declaración de la pervivencia de la sentencia

absolutoria dictada en instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 17 de Valencia (Paterna).

2. De lo expuesto en el fundamento anterior se infiere sin dificultad que la discrepancia de la parte recurrente reside, en esencia, además de en las consecuencias que derivadamente alcanzan al derecho a la presunción de inocencia, en la vulneración del derecho a un proceso debido y con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que se denuncia que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia extendió indebidamente su ámbito de cognición a la revisión de los hechos, y no solo del derecho aplicado, respecto de la concurrencia del elemento subjetivo del delito por el que la recurrente resultó finalmente condenada. En suma, por más que el órgano judicial declare que abordó estrictamente un *error iuris* de la sentencia impugnada, lo cierto sería a juicio de la demanda de amparo que modificó la conclusión sobre la concurrencia del dolo, apartándose de lo razonado por el Juzgado de instancia y realizando una valoración alternativa sobre ese elemento del tipo, sin escuchar presencialmente a la acusada y sin atender tampoco a otras pruebas personales consideradas en la instancia.

Aunque suponga reiterar lo recogido con detalle en los antecedentes de esta sentencia, convendrá sintetizar que el juzgador *a quo* estimó que la acusada pudo incurrir en un error de prohibición, destacando que, según ella afirmaba, cuando el técnico municipal le informó que esas obras no eran legales y por tanto, no se le podía conceder licencia, también le dijo que el resto de los vecinos en situación semejante realizaron la construcción y evitaron la demolición de las construcciones abonando a posteriori la sanción administrativa que les fue impuesta. Tal práctica, proseguía la sentencia para justificar el posible error de prohibición, «si bien fue negada por el [...] arquitecto técnico del ayuntamiento de Riba-roja del Túria, sí fue insinuada por el propio inspector de obras del ayuntamiento», que «si bien no con esas mismas palabras pero sí dijo que la costumbre y el sentir general de los vecinos era realizar construcciones, pagar la multa administrativa y así evitar la demolición de las obras, y confirmó que las edificaciones cercanas a la de la Sra. Sendra actuaron de esa manera y ninguna de ellas ha sido demolida».

La sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia que se recurre en amparo, de 29 de noviembre de 2017, estimó el recurso de apelación sucesivo, articulado por el Ministerio Fiscal, y condenó a la demandante tras rechazar, en lo que atañe a la dimensión subjetiva del delito, la apreciación del error de prohibición, dado que la acusada «conocía que estaba construyendo sin licencia y realizó la construcción consciente de ello, lo que excluye la posibilidad de un error sobre la antijuridicidad de la acción, no sólo por el conocimiento general de que para construir una vivienda en el año 2011 es necesaria la obtención de las autorizaciones municipales oportunas (licencias), sino en este caso en particular porque ella la había solicitado y le habían dicho que no se podía construir en su parcela, no obstante lo cual amparada, según dice en lo que le dijeron los vecinos –como una especie de costumbre *contra legem*– decidió hacerlo, pensando que la infracción que cometía no excedía del ámbito administrativo, y que pagando una multa quedaría saldada la sanción».

En el auto que cerró el proceso, de 31 de enero de 2018, como se relató asimismo con detalle en los antecedentes, subrayaba la Audiencia Provincial de Valencia que la cuestión suscitada en segunda instancia no era del orden de los hechos y que, en consecuencia, no modificó el *factum* sino únicamente un error jurídico de subsunción en el que había incurrido la sentencia recurrida cuando sostuvo que no quedaba acreditado el dolo. A su criterio, la sentencia recurrida confundió lo que es dolo «cuando afirma que esta [la recurrente en amparo] creyó más en sus vecinos que le dijeron que no pasaba nada si construía que pagaría la multa sin más consecuencias, que en la respuesta terminante de la administración que la misma no podía ignorar de que no podía construir y pese a ello lo hizo». En suma, concluía a modo de síntesis, «la concurrencia del dolo se encuentra fijada en los hechos probados de forma correcta, tratándose de un error de subsunción puesto que tal y como se describe en ellos la conducta tiene encaje en el

artículo 319 del CP, que la sentencia por error en la determinación de los requisitos típicos no aplica».

3. Como dijéramos en la muy reciente STC 73/2019, de 20 de mayo, FJ 3, o antes en la STC 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, vulnera los derechos a un proceso con todas las garantías y el derecho de defensa (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien ha 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 sin celebración de una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias; es decir, sin dar al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal.

Exactamente en este sentido, como recordara por ejemplo nuestra STC 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 7, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que este es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59).

Partiendo de la doctrina reseñada, y aun tomando en consideración el hecho de que, como se ha concluido en el fundamento jurídico anterior, la Audiencia Provincial de Valencia dice haber resuelto el recurso de apelación en rigurosos términos de calificación jurídica sobre los hechos declarados probados por la sentencia apelada, ello no implica que aquel órgano judicial pudiera prescindir de otorgar a la demandante de amparo la oportunidad de ser oída en la fase de recurso. En otras palabras, debió darse a la recurrente la ocasión de ser escuchada por el tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó (por todas, STC 184/2009, de 7 de septiembre, FJ 3).

Es de ese modo en primer y fundamental término porque, habida cuenta de que había sido absuelta en la instancia, el tribunal de apelación era quien por primera vez la condenaba. De otra parte, porque estaba en cuestión la subsunción de su acto en los elementos subjetivos del delito, concretamente la conciencia de aquella sobre la «antijuridicidad penal» de su conducta tras la denegación de la licencia pero también de las informaciones que recibió de técnicos del ayuntamiento sobre el proceder de otros vecinos.

Por lo tanto, la afirmación de la Audiencia Provincial de Valencia de que se respetó el *factum* de instancia y se trataba solo de una cuestión de subsunción estrictamente jurídica no se compeadece con la dimensión de su intervención, donde –cuando menos– se produjo una modificación inferencial del elemento subjetivo del delito, por más que no se modificasen explícitamente los hechos probados. El juicio, dicho de otro modo, se extendió también a evaluar la intención de la acusada, de manera que la cuestión no podía ser resuelta sin darle la posibilidad de ser oída personalmente, como tampoco sin atender a otras pruebas personales relevantes para alcanzar una convicción sobre tal particular, como, por ejemplo, las manifestaciones en el juicio oral del inspector de obras del ayuntamiento y las del perito de parte propuesto por la Sra. Sendra.

La aplicación de los criterios expuestos al presente caso, entonces, permite apreciar la existencia de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y del derecho de defensa (art. 24.2 CE), debido a la estimación realizada en la sentencia

recurrida de la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, esto es: la intención dolosa de la acusada.

4. La recurrente, además, ha alegado que su condena en estas circunstancias ha supuesto una vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Este Tribunal ha reiterado, en relación con ese derecho fundamental, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerarlo vulnerado cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, 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 se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de la presunción de inocencia 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 una conclusión idéntica a la que venimos de transcribir debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate no haya sido objeto de consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías (STC 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4) dado que, como en esta ocasión acontece, la concurrencia de dicho elemento subjetivo del delito contra la ordenación del territorio solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de la acusada con publicidad, intermediación y contradicción, pues la ponderación de su testimonio era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad y, muy especialmente, la de su testimonio 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 aquella.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatario de la acusada, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (en igual sentido, STC 59/2018, FJ 5), al tratarse

de un elemento esencial del tipo que no ha sido apreciado con las debidas garantías, no existiendo entonces la acreditación precisa que haga viable la condena.

5. Que se hayan vulnerado los derechos fundamentales consagrados en el art. 24.2 CE alegados por la recurrente determina la anulación de la sentencia impugnada y la del auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, en tanto que no reparó dichas vulneraciones, con mantenimiento del fallo de la sentencia de instancia.

FALLO

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 doña Ana-María Sendra Rodas y, en consecuencia:

1.º 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).

2.º Restablecerla en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de 29 de noviembre de 2017, núm.734/2017, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, así como del auto núm. 106/2018, de 31 de enero de 2018, del mismo órgano judicial.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a uno de julio de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada por la Sala Segunda en el recurso de amparo 1441-2018.

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión de mis compañeros, formulo el presente voto particular a la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1441-2018, por discrepar de su fundamentación y fallo en los términos que defendí en la deliberación de la Sala y que resumidamente expongo a continuación.

Las razones de mi discrepancia deben enmarcarse en la concepción del recurso de amparo constitucional que impone la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esta reforma supuso una importante modificación del régimen jurídico de admisión del recurso de amparo, como consecuencia del requisito sustantivo o de fondo de la «especial trascendencia constitucional» que impone el art. 50.1 b) LOTC. De acuerdo con esta disposición, corresponde a este Tribunal apreciar en cada caso cuándo el contenido del recurso justifica una decisión de fondo en atención «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Desde tal concepción y atendiendo a los términos de la providencia mediante la que se admitió el presente recurso de amparo y que se reproduce en los antecedentes de la sentencia, no nos encontramos, a mi juicio, ante un caso que cuente con especial trascendencia constitucional. No ha servido a este Tribunal para aclarar o perfilar, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, la profusa doctrina constitucional dictada hasta la fecha en relación con el alcance de las garantías constitucionales de quien resulta condenado en segunda instancia, tras la revisión de una previa sentencia

absolutoria y, a tenor de los razonamientos de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, tampoco cabe afirmar que la doctrina del Tribunal Constitucional «esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria». En efecto, tal como se desprende de las actuaciones, el órgano de apelación, conoce la doctrina constitucional, la cita y la aplica en un caso en el que, según expone de forma razonada, la condena no deriva de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia, sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas, que, en último término, se reducen a una concepción del delito contra la ordenación del territorio previsto en el artículo 319.2 del Código penal (CP), y de sus elementos objetivos y subjetivos, distinta de la manejada por la instancia.

Así, la Audiencia Provincial razona que de los hechos declarados probados se desprende la existencia de todos y cada uno de los elementos del delito contra la ordenación del territorio. En particular, estima que concurren el dolo y la conciencia de la antijuridicidad desde su comprensión de los mismos. Es decir, con el conocimiento de estar construyendo de forma ilegal, contraria al ordenamiento, en suelo no urbanizable, ya que tales elementos cognitivos constan en el relato fáctico, donde se narra que la demandante construyó sin licencia, que le fue denegada tras haberla solicitado. Rechaza, por el contrario, la exigencia adicional de un conocimiento del concreto significado penal de la conducta realizada, que es la base sobre la que la instancia construye el error de prohibición invencible que conduce a la absolución.

En otras palabras, la Audiencia Provincial de Valencia, desde su interpretación del precepto penal y su definición de los requisitos del delito, cuyo acierto, evidentemente, no podemos entrar a valorar en esta sede, entiende que los hechos probados son subsumibles en el art. 319.2 CP y colman todas sus exigencias. En buena lógica, concluye la sala que no puede hablarse un error de prohibición, como se hizo en la instancia, pues, conforme al entendimiento del órgano de apelación, se estaba atendiendo a la falta de conocimiento de un dato, el concreto significado penal de los hechos, que no precisa el tipo penal previsto en el art. 319.2 CP por el que se castiga.

A la luz de tal razonamiento, que el tribunal de apelación fundamenta con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmar la responsabilidad penal es una cuestión estrictamente jurídica que no implica una revaloración de prueba personal en segunda instancia, ni requiere pronunciarse sobre los elementos fácticos que sostienen la culpabilidad del acusado, por lo que no es preciso celebrar vista ni dar audiencia al acusado, como se sigue de la doctrina reflejada en el fundamento jurídico tres de la sentencia de la que discrepo.

A mi entender, resulta improcedente en este caso la intervención del Tribunal pues, al hacerlo, opera como una tercera instancia jurisdiccional, cuestionando el razonamiento jurídico de la Audiencia Provincial y considerando obligada la práctica de una prueba personal y la audiencia al acusado que, sin embargo, nada puede aportar a la discusión, que versa sobre la corrección o error de estrictas consideraciones jurídicas (STC 125/2017, de 13 de noviembre, FJ 6). Dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, dado que la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (STC 125/2017, FJ 5, con ulteriores referencias).

Madrid, a uno de julio de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.