

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5928 *Sala Primera. Sentencia 105/2013, de 6 de mayo de 2013. Recurso de amparo 10642-2009. Promovido por doña Concepción Reyes Martín Gutiérrez frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería que la condenó, en apelación, por un delito sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías: revisión en segunda instancia y valorando pruebas personales de la apreciación sobre prescripción del delito (STC 167/2002).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Manuel Aragón Reyes, doña Adela Asua Batarrita, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10642-2009, promovido por doña Concepción Reyes Martín Gutiérrez, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Pérez Calvo y asistida por el Abogado don Juan Manuel Pérez Ocaña, contra la Sentencia de 2 de marzo de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 424-2008, que revocando la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería, de 18 de junio de 2008, condenó a la demandante de amparo como autora de un delito del art. 319.2 del Código penal, así como contra el Auto de la misma Sala, de 5 de noviembre de 2009, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la Sentencia de apelación. 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 registrado en este Tribunal el día 23 de diciembre de 2009, la Procuradora de los Tribunales doña María del Pilar Pérez Calvo, actuando en nombre y representación de doña Concepción Reyes Martín Gutiérrez, presentó recurso de amparo constitucional contra las resoluciones de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes:

a) Ante el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería se siguió la causa número 51-2008, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería (diligencias previas núm. 28-2007), sobre delito contra la ordenación del territorio. La Sentencia de 18 de junio de 2008 absolvió a la acusada, recurrente en amparo, al declarar extinguida la responsabilidad criminal por prescripción. En la Sentencia se declaraba probado que aquella, a finales de 2003, tenía construida y acabada una vivienda que edificó sin licencia en suelo no urbanizable, sita en el paraje «La Casería» de Abrucena, habiéndose presentado la denuncia por estos hechos el día 17 de enero de 2007. Para llegar a esas conclusiones fácticas, señalaba textualmente: «Hemos de partir de varios

datos que obran en las actuaciones que nos llevan a determinar que la vivienda se encontraba acabada en el año 2003. En primer lugar porque constan documentos en los que se solicita el agua y la luz con esas fechas. En segundo lugar porque la defensa presenta una fotografía aérea del año 2003 en la que se observa que el techo de la vivienda está puesto, lo que nos lleva a pensar que estaba acabada para esa fecha. Y en tercer lugar porque nos encontramos con el testimonio de un vecino 'de toda la vida' y del Sr. Alcalde de la Villa, que nos confirman que la vivienda estaba más que acabada en 2003. Si a ello unimos el testimonio de la propia acusada, quien espontáneamente dice en su primera declaración en la fase de instrucción, folio 102, de 13 de marzo de 2007, que la casa llevaba unos cinco años acabada, hemos de concluir que la misma se encontraba acabada a finales de 2003.»

Indicaba a renglón seguido que era de tres años el plazo de prescripción del delito por el que era acusada la recurrente de amparo (art. 131 del Código penal: CP), y que ese término prescriptivo había transcurrido cuando se interpuso la denuncia, por lo que procedía declarar la absolución.

b) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación por dos motivos: error en la valoración de la prueba documental y pericial e infracción de precepto legal por inaplicación del art. 319.2 CP y aplicación indebida del art. 131 CP. La parte apelada, ahora recurrente, impugnó el recurso, oponiéndose a ambos motivos y aduciendo sobre el fondo, con carácter cautelar, la falta de prueba respecto de la especial protección agrícola de los terrenos, única hipótesis en que resultaría de aplicación el tipo penal reseñado.

La Audiencia Provincial de Almería, en Sentencia de 2 de marzo de 2009, revocó el pronunciamiento absolutorio de instancia y condenó a la demandante como autora de un delito del art. 319.2 CP. Al considerar errónea la apreciación de la prueba documental y pericial, modificó los hechos probados para hacer constar que en abril de 2005 la vivienda se mantenía en construcción, de suerte que no había transcurrido el plazo de prescripción cuando se iniciaron las diligencias (2007). Subraya, en ese sentido:

«[L]a afirmación, en los hechos probados de la sentencia recurrida, de que la acusada a finales de 2003 tenía construida y acabada la vivienda, sustentada en meros testimonios o declaraciones, es desvirtuada por la prueba pericial y documental acreditativa de que la vivienda, en cuestión, estaba en construcción el día 22 de abril de 2005. En efecto, la perito M.^a Dolores Aguilera declaró en el juicio, a preguntas del Fiscal, que participó en la inspección el día 22 de abril de 2005, y que la vivienda estaba sin finalizar en 2005. Este mismo dato consta en el informe de la Junta de Andalucía obrante a los folios 5,44 y 188 (se trata del mismo informe), donde consta que la vivienda núm. 4 (por la que se sigue el presente procedimiento), está en ejecución actualmente (22-4-05). Asimismo, en el informe de la Junta de Andalucía obrante al folio 110, emitido a petición del Juzgado para que se informara sobre la fecha aproximada de la construcción, la Inspectoría Provincial de Ordenación del Territorio afirma que la vivienda en la fecha en la que se visita, 22-4-2005, estaba en fase de ejecución sin que, por tanto, estuviese concluida la finalización de las obras.

También puede apreciarse, cotejando las fotografías obrantes al folio 119, tomada el 22.4.05, y la obrante al folio 46, tomada el 13.11.06, como la vivienda no estaba finalizada el día 22.4.05 aunque la fotografía obrante al folio 119 es una fotocopia, sin la nitidez deseable, puede apreciarse como aún no estaba construida la barandilla de la terraza de la primera planta, y como hay material de construcción en dicha terraza.»

Con base en esos hechos revocó la apreciación de la prescripción acogida por el juzgador *a quo* y condenó a la acusada, como autora de un delito del art. 319.2 CP, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial durante el tiempo de la condena, multa de doce meses a razón de seis euros diarios, con

responsabilidad subsidiaria en caso de impago, ordenando la demolición de lo construido e imponiéndole el pago de las costas de la causa.

c) Cerró el proceso el Auto de 5 de noviembre de 2009 de la misma Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería, desestimatorio del sucesivo incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la recurrente en amparo.

Se denunciaba en el escrito procesal que la Sentencia de apelación sustentó la condena en una nueva valoración de los testimonios prestados en el juicio oral, celebrado en primera instancia, sin haberlos oído personalmente, revisando los hechos probados y el juicio sobre su veracidad y dando mayor credibilidad a la testifical de la perito sobre la fecha de terminación de la vivienda —un hecho que no necesita pericia, conocimiento científico, técnico o artístico especiales— que a las manifestaciones de la acusada y de dos testigos (un vecino y el alcalde de la villa); testimonios que ni siquiera menciona la Sentencia recurrida pese a que el juzgador *a quo* les otorgó mayor verosimilitud. Con cita de jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, concluía el primer motivo de nulidad con la invocación de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE). Aludía, asimismo, a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por no existir otras pruebas que fundaran la condena, toda vez que la documental aportada (fotocopia de una fotografía de la vivienda) no acreditaba con nitidez el estado de la construcción en aquellas fechas. Finalmente, razonaba la lesión de los arts. 24 y 25.1 CE, ya que el pronunciamiento de apelación no dio respuesta alguna a las alegaciones realizadas *ad cautelam* en la impugnación al recurso, relativas a la falta de prueba de la norma que establece la especial protección agrícola de la zona, condenando a la acusada sin explicitar ese elemento indispensable para integrar la norma penal en blanco del art. 319.2 CP.

El Auto de 5 de noviembre de 2009, sin embargo, dispuso que la modificación fáctica sobre la fecha de ejecución de la obra se desprendía de pruebas susceptibles de ser valoradas directamente por el Tribunal *ad quem*, en atención a su naturaleza documental, de manera que, no habiéndose tomado en consideración la prueba testifical para la alteración de los hechos, no concurría el vicio denunciado.

3. El demandante de amparo aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al estimar que la Audiencia Provincial mudó la fecha de construcción de la vivienda sin dar valor alguno a los interrogatorios de la acusada y de los testigos presentados por la defensa, testimonios practicados ante el Juez de instancia, y otorgó en cambio un valor decisivo a la declaración de la perito de la Administración, todo ello sin intermediación. A su juicio, aunque la Audiencia diga que para ello contempló la prueba pericial y documental, en realidad fue únicamente aquel testimonio de la perito el que fundamentó la condena. Así se desprende de los documentos que se citan en la Sentencia (folios sumariales 5, 44 y 118, que no son más que tres fotocopias de un idéntico documento que contiene el testimonio de la Sra. Aguilera, perito que realizó una visita a la vivienda en 2005 y actuó en el acto del juicio, y folio 110 de las actuaciones, que es, de nuevo, su testimonio reiterado sobre el mismo hecho, si bien ahora a instancias del Juzgado de Instrucción).

Estamos en suma, aduce el recurso, ante una sola prueba sobre el hecho de la fecha de finalización de la construcción. La Sentencia recurrida se apoya exclusivamente, entonces, en el interrogatorio de la perito Sra. Aguilera, valorando ese testimonio sin intermediación y, por tanto, sin observación directa de las contradicciones que existían y sin poder comparar dicha declaración con los testimonios del alcalde de la localidad y un vecino de la zona sobre el mismo particular. Olvida la Sala que la prueba pericial, en aquellos puntos en los que el perito se somete a interrogatorio con la intermediación y contradicción propias del acto del juicio, es una prueba personal practicada ante el juez *a quo* que el órgano de apelación no presenció y, por tanto, no puede valorar de distinta forma. Si un Tribunal de segunda instancia considera documental toda manifestación que se incorpore por escrito a un informe o acta, vulnera los derechos a un proceso con todas

las garantías y a la tutela judicial efectiva, consagrados en los arts. 24 CE y 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Como efecto derivado de lo anterior, se habría vulnerado en segundo lugar el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que, una vez eliminada aquella prueba valorada sin inmediatez, ningún soporte probatorio respalda la sanción penal.

Se ha infringido también, en tercer lugar, el principio de legalidad penal y de irretroactividad de las normas penales (art. 25.1 CE), pues la resolución judicial no especifica la norma integradora o de complemento que toma en consideración, ni su vigencia previa a los hechos, esto es, la norma que precisa las circunstancias urbanísticas del terreno protegido que integran el tipo penal en blanco del art. 319.2 CP. Tampoco en los autos considerados en su conjunto se despeja cuál sería esa previsión normativa: la propia Administración, en informe de fecha 5 de mayo de 2005, señaló que la Comisión Provincial de Urbanismo de Almería en sesión celebrada ese mismo día acordó suspender la aprobación definitiva de suelo no urbanizable de las normas subsidiarias del municipio de Abrucena (Almería), estableciendo un régimen transitorio. Por otra parte, el plan especial de protección del medio físico de Almería se publicó mediante resolución de 14 de febrero de 2007, de la Dirección General de Urbanismo. En consecuencia, no sólo no se concreta con claridad en la sentencia condenatoria cuál es la norma que integra la norma penal en blanco, sino que, además, puede deducirse de los autos que la regulación a la que podría estarse aludiendo implícitamente es de una fecha posterior a los hechos, vulnerándose entonces el derecho de legalidad penal también en la vertiente de la irretroactividad de las normas penales (art. 25.1 CE).

Finalmente, denuncia que se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por incongruencia. Tanto en la impugnación del recurso de apelación como después en el incidente de nulidad de actuaciones se alegó falta de prueba respecto de la norma que establece la especial protección agrícola de la zona, única hipótesis en la que podría resultar de aplicación el art. 319.2 CP, sin que se haya recibido respuesta sobre el particular.

Por todo lo expuesto, interesa el otorgamiento del amparo. Por otro sí se requiere la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales impugnadas.

4. En virtud de providencia de la Sala Primera, de 16 de julio de 2012, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, y se solicitó la certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones a los órganos judiciales que intervinieron en los diferentes grados jurisdiccionales, antes citados, así como la práctica de los emplazamientos correspondientes.

En providencia de la misma fecha, la Sala acordó la formación de pieza separada para la tramitación del incidente sobre la suspensión solicitada, concediendo a la recurrente y al Ministerio Fiscal un plazo común de tres días para que formularan alegaciones. Evacuado dicho trámite, se estimó la petición mediante ATC 165/2012, de 17 de septiembre, si bien circunscribiendo la decisión al pronunciamiento de la Sentencia de 2 de marzo 2009 relativo a la demolición de la vivienda.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Segunda de la Sala Primera de este Tribunal, de 22 de agosto de 2012, se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones, y se acordó abrir el plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a la representación procesal de la solicitante de amparo, de conformidad con el art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, para que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. El recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones el día 2 de octubre de 2012, reiterando en esencia los contenidos de su demanda de amparo. No obstante, añade reflexiones y datos adicionales sobre su tercera alegación (art. 25.1 CE). Destaca que el único momento en el que se identifica en autos la norma que podría integrar la norma penal en blanco (art. 319.2 CP) es la denuncia de la Fiscalía de la Audiencia Provincial, que alude al plan especial de protección del medio físico de la provincia de

Almería. Sin embargo, esa norma no estuvo vigente ni desplegó eficacia hasta la fecha de su publicación completa, que tuvo lugar en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» núm. 50, de 12 de marzo de 2007, ya que la previa resolución de 25 de abril de 1987, de aprobación definitiva, publicada en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» núm. 42, de 18 de mayo de 1987, era incompleta y no producía efectos, según se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la necesidad de publicación completa de las normas urbanísticas.

Con fundamento en esa Jurisprudencia, prosigue, los actos administrativos desfavorables para los recurrentes con cobertura normativa en dichos planes especiales de protección han venido siendo anulados por los Tribunales administrativos, al interpretarse —paradójicamente de manera más favorable a los administrados que en estos autos respecto de una sanción penal— que dichos planes no son eficaces en tanto no sean publicados en su integridad en el boletín oficial correspondiente. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto que a tenor de los arts. 9.3 CE, 2.1 del Código civil y 52.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, el plan especial de protección del medio físico de la provincia de Almería no entró en vigor —y por tanto no era aplicable— hasta su publicación completa en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» núm. 50, de fecha 12 de marzo de 2007. Y siendo así, si la publicación incompleta de 1987 no era válida para fundar denegaciones de licencias administrativas o imposición de sanciones administrativas a los ciudadanos, mucho menos podría serlo para integrar una norma penal con rango de ley orgánica, en la que se fundamenta una pena de privación de libertad, pues los requisitos exigibles a la norma reglamentaria que integra la norma penal en blanco deben ser incluso mayores que los que se requieren para su consideración en el ámbito del Derecho administrativo.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el día 23 de octubre de 2012. Interesa el otorgamiento del amparo por el primer motivo alegado, que se encuadra a su juicio dentro del contenido propio del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Entiende que la Audiencia Provincial de Almería efectuó una valoración conjunta de la prueba pericial y la documental, considerando implícitamente que el testimonio de la perito era un elemento corroborador de la documental gráfica obrante en autos (fotografía desprovista de suficiente nitidez), lo que comporta una valoración de carácter personal que obtiene preponderancia sobre el resto de las pruebas testificales contradictorias, a cuyas versiones reputa menor credibilidad. Esa valoración de la prueba pericial —de carácter personal—, sin el respeto a los principios de inmediación y contradicción, conjuntamente con la prueba documental, que viene a reafirmar, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE).

En lo relativo a la alegación del derecho a la presunción de inocencia, el Fiscal no aprecia lesión, puesto que, suprimida la valoración de la pericial, aun restaría la prueba documental gráfica que, con carácter independiente, podría ser objeto de valoración por la Audiencia Provincial.

Los motivos tercero y cuarto del recurso los trata conjuntamente. Recuerda que este Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad del art. 319.2 CP en el ATC 395/2004, de 19 de octubre, FJ 4. Centrado seguidamente en las circunstancias del caso, subraya que ni el Juzgado de lo Penal ni la Audiencia Provincial aluden a la disposición urbanística que constituye el complemento normativo, cosa que puso de manifiesto la recurrente en amparo en el proceso. Por ello, aunque en las actuaciones constan referencias a la normativa urbanística aplicable, no parece que «el alcance de dichas disposiciones en orden a la integración del tipo penal en blanco, pueda ser determinado con carácter implícito, cuando exige una labor de selección e interpretación de la norma de cierta complejidad, y la publicación de una de las normas eventualmente aplicables se produce con posterioridad a la fecha de los hechos, lo que tiene aún mayor relevancia puesto que elemento fundamental del debate planteado es la fecha de construcción de la vivienda determinante de la apreciación o no de la prescripción del delito del art. 319 CP. Y esta

circunstancia, además, añade un nuevo factor sobre este aspecto, en tanto que exige determinar la normativa integradora el tipo penal en blanco aplicable en la fecha de construcción de la vivienda, tanto si se tiene en cuenta la fecha del Juzgado Penal — finales de 2003— como la de Audiencia Provincial —22 de abril de 2005—.» Por consiguiente, la ausencia de cualquier mención en las resoluciones judiciales impugnadas a la normativa administrativa de referencia representa un déficit de motivación «por insuficiencia de integración del principio de certeza del principio de legalidad, indispensable para integrar la norma penal en blanco del art 319.2 CP», lo que ocasiona la vulneración del principio de legalidad del art. 25.1 CE en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En suma, a juicio del Fiscal, se ha lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por valorarse una prueba personal —pericial— sin sujeción a los principios de inmediación y contradicción, así como el principio de legalidad del art. 25.1 CE y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por omisión de todo pronunciamiento sobre la norma administrativa integradora del tipo penal aplicado, no dotando al mismo de la necesaria certeza. En atención a lo expuesto, interesa el otorgamiento del amparo, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al del dictado de la Sentencia de apelación, a fin de que se dicte una nueva que resulte respetuosa con los derechos fundamentales enunciados.

8. Por providencia de 6 de mayo de 2013 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 6 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de 2 de marzo de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 424-2008, que condenó a la demandante de amparo como autora de un delito contra la ordenación del territorio (art. 319.2 del Código penal: CP), así como contra el Auto de la misma Sala, de 5 de noviembre de 2009, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra el anterior pronunciamiento. Estima la recurrente que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia en la identificación y determinación de vigencia de la norma urbanística que integraría la norma penal en blanco aplicada; el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con efectos aparejados en la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse revocado en segunda instancia una Sentencia absolutoria sin celebración de vista y a partir de la valoración de pruebas personales y, finalmente, el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por indeterminación en la Sentencia de apelación de la norma urbanística que complementa o integra el tipo penal en blanco del art. 319.2 CP, así como por contravención del principio de irretroactividad de las normas penales, si se entendiera que la norma tomada en consideración en la integración del tipo fue —como podría desprenderse de la denuncia de la Fiscalía de la Audiencia Provincial— el plan especial de protección del medio físico de la provincia de Almería, que no podía desplegar efectos hasta su publicación completa («Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» núm. 50, de 12 de marzo de 2007, posterior por tanto a la denuncia).

El Ministerio Fiscal comparte las quejas articuladas al amparo del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en lo que atañe a la omisión de pronunciamiento sobre la norma administrativa integradora del tipo penal.

2. En las SSTC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 3; 65/2003, de 7 de abril, FJ 2; 198/2003, de 10 de noviembre, FJ 3; o, más recientemente, en la STC 126/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, declaramos que corresponde a este Tribunal, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto concreto sometido a su consideración, determinar no sólo el orden del examen de las quejas, sino también si resulta necesario o conveniente pronunciarse en la Sentencia sobre todas las lesiones de derechos

constitucionales denunciadas, en el caso de que ya se haya apreciado la concurrencia de alguna de ellas.

El examen de la demanda de amparo verifica que la recurrente denuncia con carácter principal que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, de 2 de marzo de 2009, vulneró sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia y a la legalidad penal (arts. 24.2 y 25.2 CE), lesiones que, de existir, no fueron reparadas por el Auto resolutorio del incidente de nulidad de actuaciones, dictado por la misma Sala en fecha 5 de noviembre de 2009. La demanda aduce asimismo la vulneración del art. 24.1 CE por incongruencia, articulando tal alegación como subsidiaria.

Nada impide acoger la preferencia que atribuye la parte recurrente a aquellas primeras quejas. Debe indicarse, en particular, que su planteamiento no merece objeciones procesales, señaladamente en función del necesario agotamiento de la vía judicial previa. A diferencia de lo que ocurría en la STC 153/2012, de 16 de julio, que tenía por objeto la sustanciación de las lesiones autónomas producidas por el Auto de inadmisión de un incidente de nulidad, y como en cambio sucedía en la STC 107/2011, de 20 de junio, el remedio procesal del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dio ocasión al órgano judicial para reparar las vulneraciones de derechos imputadas a la Sentencia de 2 de marzo de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 424-2008, sin que el hecho de su desestimación, que evidencia que no surtió el efecto que con él se procuraba, suponga una vulneración autónoma de los derechos que en él se invocaban, ni exija para su enjuiciamiento en amparo la interposición de un nuevo incidente de nulidad de actuaciones, conforme hemos señalado en la STC 11/2013, de 28 de enero, FJ 2.

De otra parte, la preferencia que se atribuye a aquellas primeras quejas favorecerá la fijación de los efectos que cabe asignar a nuestra jurisprudencia sobre las garantías de inmediación y contradicción en segunda instancia penal cuando la Sentencia absolutoria de la primera lo fuera por prescripción extintiva de la responsabilidad criminal.

3. Respecto de la primera infracción denunciada (derecho a un proceso con todas las garantías, atribuible al Tribunal de apelación), conviene traer a colación siquiera de manera sucinta la consolidada doctrina constitucional iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y reiterada en numerosas Sentencias posteriores. Conforme a ella el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho fundamental invocado, 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.

Así, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Por tanto, el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación, antes de corregir la efectuada por el órgano de instancia (entre tantas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, FJ 2; 108/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 118/2009, de 18 de mayo, FJ 3; 214/2009, de 30 de noviembre, FJ 2, y 30/2010, de 17 de mayo, FJ 2).

Debemos extender esa misma exigencia a los casos en los que el debate procesal en apelación gire sobre la revisión de la declarada prescripción del delito y la apreciación de esa causa extintiva de la responsabilidad penal dependa completa o parcialmente de la valoración de pruebas personales. Como ya declaramos en la STC 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4, con cita de la STC 63/2005, de 14 de marzo, en un supuesto en que la Sentencia de instancia también había sido absolutoria al apreciarse la prescripción, cuando se produce una valoración distinta de dicha prueba personal por el Tribunal *ad*

quem sin celebración de vista oral del recurso de apelación, la misma se habrá practicado sin las debidas garantías de intermediación y de contradicción, sin que varíe esa conclusión la singularidad descrita (esto es, que la Sentencia del Juzgado, al acoger la prescripción respecto del ilícito penal, no exteriorizase valoración probatoria sobre la responsabilidad por el delito o, incluso y como ocurre en estos autos, que la realizase pero no le asignara consecuencia penal alguna al estimar prescrito el delito a efectos de punición).

4. En el presente caso, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería, en su Sentencia de 18 de junio de 2008, absolvió a la demandante de amparo del delito del art. 319.2 CP por el que había sido acusada, estimando la prescripción del art. 131 CP, por haber transcurrido el plazo de tres años fijado en ese precepto para el tipo de infracciones enjuiciadas. Por el contrario, la Audiencia Provincial de Almería revocó en apelación dicho pronunciamiento, condenándola como autora del expresado delito. A tal fin, la Sala modificó el relato fáctico del Juez *a quo* y fundamentó en los nuevos hechos probados la inexistencia de prescripción y la sucesiva condena.

Lo hizo, en primer lugar, al otorgar plena credibilidad a la perito de la Junta de Andalucía que elaboró los informes que la Sentencia cita, y que declaró en el acto del juicio que la obra estaba aún en ejecución en abril de 2005, soslayando en cambio aquellos otros testimonios —que ni siquiera menciona— en los que se basó el Juzgado para considerar que la vivienda estaba terminada en 2003 (con la consiguiente prescripción del delito).

Sin embargo, al igual que sucedía en los supuestos resueltos por las SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7, o 132/2009, de 1 de junio, FJ 3, la perito no se limitó a proporcionar a los jueces una máxima de experiencia o unas herramientas para apreciar un hecho científico, sino que, apreciando un hecho, realizó una valoración del mismo, de modo que la relación entre el dictamen y su valoración como prueba se produjo, precisamente, desde el prisma de su credibilidad. Así lo acredita que el órgano judicial se refiera en su razonamiento a lo declarado por aquélla en el acto del juicio a preguntas del Fiscal (fundamento de Derecho primero de la Sentencia de 2 de marzo de 2009).

Por ello, dado que la revisión de la valoración de la prueba pericial efectuada por el órgano *a quo* no se limitó al contenido de los informes periciales (todos ellos realizados por la misma persona y referentes a la situación de la vivienda en una misma fecha, 22 de abril de 2005), sino que se proyectó sobre la credibilidad de las valoraciones efectuadas en el juicio oral por la perito que era autora de los mismos, que no fue oída directamente por la Sala, debe declararse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En suma, como sostiene el Fiscal, los informes periciales carecían de la eficacia revisora que les otorga el Tribunal *ad quem*, pues fueron llevados al plenario y sometidos a contradicción, de suerte que los testimonios de la perito en el juicio oral revisten una naturaleza personal incuestionable que impide al Tribunal de apelación apartarse de las conclusiones obtenidas por el Juez de instancia sin celebrar previamente vista pública y haber oído personal y directamente a la autora de tales declaraciones (en ese sentido, STC 144/2012, de 2 de julio, FJ 5). Los datos derivados de aquellos informes, dicho de otro modo, estaban absolutamente imbricados con las declaraciones desarrolladas en el juicio.

5. Como ha quedado apuntado anteriormente, se alcanza el mismo resultado si advertimos que la Audiencia Provincial de Almería revisó indirectamente la veracidad de otros testimonios. En efecto, lo determinante para la aplicación de la doctrina de la STC 167/2002, de 18 de septiembre, no es sólo si la valoración de la prueba efectuada en segunda instancia se refiere a pruebas personales necesitadas de intermediación para su correcto enjuiciamiento, sino además si la distinta valoración y consiguiente modificación de hechos probados contradice un juicio absolutorio cimentado en otras pruebas personales.

Desde ese prisma, la Sentencia de 2 de marzo de 2009 supone un juicio negativo sobre la credibilidad de las declaraciones efectuadas por la recurrente en amparo y los

testigos que depusieron en el acto del juicio y a cuyas declaraciones el órgano *a quo* atribuyó veracidad. Efectivamente, el Juzgado de lo Penal fundó su conclusión sobre la fecha de finalización de las obras en los testimonios del alcalde de la localidad, de un vecino y de la recurrente, por lo que el juicio discrepante de la Audiencia presupone dudar de lo manifestado por todos ellos, debiendo, en consecuencia, haberles oído (STC 46/2011, de 11 de abril, FJ 3).

La quiebra de ese segundo plano de la garantía se advierte con claridad en la Sentencia recurrida, que afirma que los hechos probados de la Sentencia de instancia estaban sustentados en «meros testimonios o declaraciones» que considera desvirtuados por la prueba pericial y el testimonio de la perito en el acto del juicio, acreditativos a su juicio de que la vivienda en cuestión estaba en construcción el día 22 de abril de 2005 (fundamento de Derecho primero de la Sentencia de apelación). Se evidencia de ese modo que el órgano judicial no sólo llega a tal conclusión con base en esas pruebas sino que posterga las restantes, sin escuchar a los protagonistas de unas y otras, celebrando la oportuna vista.

Bajo esas circunstancias, la Sentencia de 2 de marzo de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 424-2008, que revocando la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Almería, de 18 de junio de 2008, condenó a la demandante de amparo como autora de un delito del art. 319.2 CP, ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías de la recurrente (art. 24.2 CE).

6. Según una conocida doctrina de este Tribunal Constitucional, la constatación de la anterior vulneración puede determinar también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), siempre que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deje sin sustento el relato de hechos probados que soporta la declaración de culpabilidad del acusado. Así lo aduce la recurrente, pese a la singularidad indicada anteriormente (Sentencia de instancia que declaraba la prescripción del delito).

Sin embargo, la situación analizada en este recurso no permite encuadrar el debate en el derecho aducido. Es indudable, como señalamos en la STC 63/2005, de 14 de marzo, que la decisión judicial de apelación, revocatoria de la prescripción extintiva de la infracción penal, ha sido presupuesto de la Sentencia condenatoria, pero ello no equivale a la vulneración de aquel derecho. En efecto, en el presente caso la modificación operada en los hechos probados sobre la fecha de la ejecución de la obra, que desencadena la desestimación de la prescripción y, sucesivamente, el juicio valorativo sobre el ilícito penal con la condena consiguiente, no se proyectó directamente sobre la responsabilidad criminal de la recurrente, sino sobre la prescripción del delito contra la ordenación del territorio por el que era acusada (art. 319.2 CP). El fundamento de Derecho primero de la Sentencia de 2 de marzo de 2009, por tanto, no repercutió en la presunción de inocencia de la demandante de amparo sino que incidió, antes bien, en los límites de la jurisdicción ordinaria cuando aplica el instituto de la prescripción; terreno en el que actúan las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los restantes derechos fundamentales y valores constitucionales en juego en estos casos, como la libertad (entre tantas otras, SSTC 206/2009, de 23 de noviembre, FJ 3, y 133/2011, de 18 de junio, FJ 3).

Este último derecho (art. 24.1 CE), y no aquél alegado a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), es entonces el potencialmente comprometido en esta tipología de casos. No obstante, como quiera que esa vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva no ha sido planteada en el recurso de amparo —ni tampoco propiamente en la vía judicial—, no procederá examinar la regularidad constitucional de la Sentencia impugnada desde ese prisma.

7. Sí deberemos determinar, por el contrario, los efectos que acarrea en esta ocasión la declaración de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), acogida en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

La alteración en segunda instancia del juicio sobre la prescripción que no respete el canon de constitucionalidad recién enunciado, o que se funde en una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, como la que hemos apreciado en este caso, impondrá la anulación de la Sentencia revocatoria, sin retroacción de actuaciones, cuando la resolución recurrida quede despojada con ello de un fundamento constitucionalmente admisible, esto es, cuando la eliminación de la prueba irregularmente valorada en segunda instancia prive de sustento alguno al relato de hechos probados que soporta el cambio de criterio sobre la prescripción, en cuyo caso deberá prevalecer el juicio absolutorio de la Sentencia revocada. Así sucederá si la prueba eliminada fue la única tomada en consideración por la resolución impugnada, pero también si, a partir de su propia motivación, se constata que era esencial para llegar a la conclusión fáctica, de modo que con su exclusión la inferencia de dicha conclusión devenga ilógica o no concluyente.

Cosa distinta ocurrirá, en cambio, cuando existan otras pruebas distintas de las anuladas que hayan justificado la modificación del juicio sobre la prescripción extintiva y que no precisaran de intermediación para ser valoradas en segunda instancia. En esa hipótesis —al igual que acontece cuando nos referimos a otras pruebas válidas y autónomas de las suprimidas por lesivas en un juicio sobre la responsabilidad criminal— la decisión judicial podría contar con un soporte constitucionalmente apto, excluyendo la lesión o, en su caso, como seguidamente se razonará, justificando la retroacción de las actuaciones.

8. Pues bien, en el supuesto actual la Sentencia consideró errónea la apreciación de la prueba documental y pericial efectuada por el juzgador *a quo* para precisar la fecha de finalización de la construcción de la vivienda, y modificó los hechos probados con un doble argumento. El primero se localizaba en los informes y en la declaración en el plenario de la perito, cuya ponderación ya hemos invalidado por la aplicación extensiva de la doctrina de la STC 167/2002. El segundo, en cambio, se sostenía en prueba documental.

Como es sabido, la garantía de intermediación en la segunda instancia penal únicamente alcanza a la correcta valoración de las pruebas de carácter personal, no siendo exigible cuando la condena se haya basado en otras pruebas —en concreto la documental—, cuya valoración sí es posible sin necesidad de reproducción del debate procesal (por todas, STC 154/2011, de 17 de octubre, FJ 2). Ese parámetro de constitucionalidad propio del juicio sobre la responsabilidad criminal —siguiendo ahora la misma lógica del fundamento jurídico tercero de este pronunciamiento respecto de las pruebas personales— debe extenderse también a las modificaciones fácticas de fuente documental que determinen una distinta apreciación de la prescripción por parte del Tribunal *ad quem*. Por tanto, es concebible el cambio de criterio sobre la prescripción si nace de una distinta valoración de prueba documental, sin que en esa hipótesis sea en principio obligada la celebración de vista.

Desde ese enfoque, para nutrir la afirmación de la no finalización de la obra en abril de 2005, la Sentencia recurrida declara lo siguiente: «[t]ambién puede apreciarse, cotejando las fotografías obrantes al folio 119, tomada el 22.4.05, y la obrante al folio 46, tomada el 13.11.06, como la vivienda no estaba finalizada el día 22.4.05 aunque la fotografía obrante al folio 119 es una fotocopia, sin la nitidez deseable, puede apreciarse como aún no estaba construida la barandilla de la terraza de la primera planta, y como hay material de construcción en dicha terraza».

A partir del análisis de dicha motivación, no podemos concluir si la declaración efectuada sobre la inexistencia de la prescripción encuentra o no, al margen de las pruebas personales valoradas, fundamento autónomo en tales pruebas documentales, y si éstas contrarrestan efectivamente aquéllas a las que atendió el juzgador *a quo*. Por ello, procede acordar la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar Sentencia, para que el órgano de apelación explicita la conclusión que corresponda con base en la prueba documental citada, procediendo al juicio sobre la responsabilidad criminal sólo si al margen de la prueba cuya valoración anulamos, por su carácter personal

y el defecto de intermediación reseñado, y con fundamento exclusivo en la prueba gráfica, cabe mantener la modificación fáctica y la apreciación que hizo sobre la prescripción extintiva (art. 24.2 CE).

9. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, debemos declarar la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse modificado el relato fáctico valorando pruebas personales sin intermediación. Sin embargo, sentado que la prueba gráfica, una vez desvinculada de la de carácter personal, podría eventualmente confirmar los términos de la resolución impugnada en lo relativo a la prescripción, deberá ser la Sala sentenciadora quien valore las pruebas restantes a fin de mantener o revisar tal declaración. En consecuencia, procederá ordenar la retroacción de las actuaciones.

A la vista de todo ello, no será preciso examinar el resto de las alegaciones de la demanda de amparo.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Concepción Reyes Martín Gutiérrez y, en consecuencia:

- 1.º Reconocer su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).
- 2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de la de 2 de marzo de 2009, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación núm. 424-2008, así como del Auto del mismo órgano judicial, de 5 de noviembre de 2009, desestimatorio de la nulidad planteada.
- 3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior al dictado de la Sentencia, para que en su lugar se pronuncie otra que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid a, seis de mayo de dos mil trece.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Adela Asua Batarrita.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan José González Rivas.—Firmado y rubricado.