

Perpetuatio iurisdictionis. Delito de prevaricación administrativa urbanística

Comentario a la STS de 9 de enero de 2018¹

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Una vez determinada la competencia en el auto de apertura del juicio oral, cualquier variación, tanto de la calificación como de la pena, no varía la competencia de la audiencia, porque, para este tipo de procedimientos con penas superiores a cinco años, no hay una norma como la del artículo 788.5 o la del 48.3 de la LOTJ.

El recurrente en casación está contraviniendo el hecho probado con otros datos ajenos y no tenidos en cuenta por la Audiencia, en contra de lo dispuesto en el artículo 884.3 de la LECrim. que claramente inadmite el recurso de casación por este motivo.

En el caso del artículo 320 del CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), y mientras que la modalidad genérica del artículo 404 del CP exige que la autoridad o funcionario, además de una actuación a sabiendas de su injusticia, produzca una resolución arbitraria, en la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia. El delito de prevaricación no trata de sustituir a la jurisdicción contencioso-administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado en un injustificado ejercicio de abuso de poder.

Palabras clave: procedimiento penal; competencia judicial funcional; *perpetuatio iurisdictionis*; delito de prevaricación administrativa urbanística.

Fecha de entrada: 14-06-2018 / Fecha de aceptación: 25-06-2018

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Penal del 1 al 15 de junio de 2018).

La Audiencia Provincial de Barcelona absuelve de los delitos de estafa y prevaricación urbanística porque considera que la licencia para construcción otorgada a una sociedad, con informe favorable, aun cuando permitía invadir parte de un solar, según el cual tenía proyectada la construcción de una calle, ampliándose así, con la licencia, la construcción a zonas con usos no urbanísticos, fue concedida mediante decreto del ayuntamiento, autorizado por el presidente y por quien redactó la licencia de concesión, ignorándose por ambos la contravención de la normativa.

Contra esta resolución se interpone recurso de casación por infracción de los artículos 248, 250.1.6.º y 7.ª, y 320.1.2 del CP. (Estafa y prevaricación administrativa). Si bien tenemos la estafa dentro del recurso planteado, la sentencia del Supremo hace la siguiente observación: el auto de prosecución del procedimiento abreviado había decretado el sobreseimiento por dicho delito, y en apelación se confirmó. Por consiguiente, ahora nos hallamos ante la pretensión en casación de una estafa sobreseída cuando el auto de apertura del juicio oral contempló tanto el delito de estafa como el de prevaricación urbanística. La curiosa situación procesal hizo que la defensa invocara ese sobreseimiento por estafa como cuestión previa y que la audiencia lo admitiera porque gozaba de firmeza y podría adquirir la condición de cosa juzgada. No se podía ni se debía haber abierto el juicio oral por la estafa. Y todo ello es importante, porque el rechazo explícito de la estafa al inicio de la vista provocaba problemas de competencia, pues las penas solicitadas por las acusaciones no superaban los cinco años, en cuyo caso, la competencia funcional era del juzgado de lo penal.

El Supremo desestima estas alegaciones basándose en el principio de *perpetuatio iurisdictionis*. Una vez determinada la competencia en el auto de apertura del juicio oral, cualquier variación, tanto de la calificación como de la pena, no varía la competencia de la audiencia, porque, para este tipo de procedimientos con penas superiores a cinco años no hay una norma como la del artículo 788.5, que sí permite dar por terminado el juicio y remitir las actuaciones a la audiencia cuando «todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos con pena que exceda de la competencia del juez de lo penal». Ni la norma del artículo 48.3 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que nos indica: «Aun cuando en sus conclusiones definitivas las partes calificasen los hechos como constitutivos de un delito de los no atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal del Jurado, este continuará conociendo». Debe tenerse en cuenta también que la cuestión previa planteada se resuelve en sentencia. En nuestro caso, se pudo decidir en la sentencia porque era necesario conocer el fondo.

La siguiente cuestión es desestimada porque se asienta en supuestos fácticos diferentes a los tratados en la sentencia de la audiencia. Sabemos que el Tribunal Supremo ha mencionado hasta la saciedad que en casación no se pueden introducir cuestiones fácticas diferentes a las tratadas. La falta de inmediación y de contradicción impide analizar lo que no ha sido objeto de análisis previo por la audiencia. Lo que se revisa en casación es, según los hechos declarados probados,

el proceso lógico-jurídico de subsunción en la norma, analizando, a esos efectos, si el proceso racional del tribunal ha sido el correcto. Pero no cabe ampliar el material fáctico con datos o elementos que no han sido invocados en la instancia. El Supremo solo debe revisar si se ha aplicado correctamente la ley al caso. Las variaciones de hecho son tan excepcionales que solo pueden venir fundadas en la vulneración de la presunción de inocencia y por el cauce del artículo 849.2.º de la LECrim.

De ahí que cuando reafirma el TS la desestimación del recurso de casación y absuelve al alcalde, lo hace porque el recurrente pretende casar la sentencia introduciendo la duda, o mejor dicho, datos diferentes a los probados, donde claramente se niega que tanto el alcalde como la arquitecta fueran conscientes de que vulneraban la normativa urbanística al autorizar y conceder la licencia. El recurrente en casación está contraviniendo el hecho probado con otros datos ajenos y no tenidos en cuenta por la audiencia, en contra de lo dispuesto en el artículo 884.3 de la LECrim. que claramente inadmite el recurso de casación por este motivo.

Recuerda el Tribunal Supremo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la revisión de las sentencias absolutorias como algo excepcional, pues se concreta en la revisión de las cuestiones puramente jurídicas. Y también la posición del pleno en la STC 88/2013, de 11 de abril, en virtud de la cual no procede una casación de una sentencia absolutoria tras la revisión de las pruebas personales o la reconsideración de los hechos probados sin celebrar una audiencia pública con intervención del acusado y la aportación de pruebas, preservándose asimismo los principios de publicidad, intermediación y oralidad. Como quiera que esa nueva audiencia en casación no está prevista en la ley, ni es compatible con la naturaleza de la casación. En definitiva, una sentencia absolutoria tiene una difícil vía de casación fuera de los parámetros puramente jurídicos de examen de la aplicación de la ley. Por ello, los argumentos anteriores son lo suficientemente contundentes como para desestimar el recurso en la materia de la prevaricación invocada por no aplicación indebida del artículo 320 del CP.

A continuación, la sentencia se dedica a analizar las figuras de prevaricación urbanística (art. 320 CP) y prevaricación administrativa cometida por funcionario público (art. 404 CP). Parte de la siguiente redacción fáctica: el secretario del ayuntamiento elabora el informe preceptivo previo sobre la licencia para la construcción, sin hacer mención alguna a favor o en contra de su concesión, y sin afirmar o negar contravención alguna del proyecto con la norma urbanística; entendiéndose que el mero transcurso del tiempo puede ser equivalente a una interpretación favorable a la concesión. Una cosa es la responsabilidad disciplinaria y otra diferente la penal. Por eso, el Supremo analiza el concepto de «injusticia» que consta en los dos preceptos penales. El artículo 404 del CP sanciona: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo». Por su parte, el artículo 320 castiga a «la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes». Como puede comprobarse, aparte de las similitudes entre las dos figuras, existe la coincidencia en el elemento subjetivo del injusto que viene representado

por el dolo «a sabiendas de su injusticia». El Supremo señala las similitudes en el bien jurídico protegido, la condición del autor, la arbitrariedad de la actuación administrativa y la actuación en concreto. Las diferencias radican en que el artículo 320 regula la prevaricación especial por razón de la materia (urbanística), informando o resolviendo favorablemente a sabiendas de la injusticia, y el 420 la sanción a quien dicta una resolución arbitraria a sabiendas de la injusticia. En la urbanística se castiga a quien informa favorablemente a sabiendas de la injusticia. En definitiva, se nos dice que a la especial se le pueden aplicar los criterios de la arbitrariedad de la prevaricación genérica. También se comenta que no hay una subordinación del ámbito penal al administrativo, sino que este es previo y sancionador para las conductas menos graves que no superan el principio de intervención mínima del derecho penal. El derecho penal no sustituye al administrativo en su función de control de la actuación de la administración. Analizada la concesión de la licencia para la construcción en una parte de la calle, prohibida por las normas urbanísticas, se infiere que hay infracción de la normativa y por tanto se ha informado permitiendo la construcción; pero no cabe deducir el elemento del injusto en casación porque no puede ser invocado en ella, adicionándolo en la infracción de ley y alterando fácticamente lo probado en la sentencia, porque «nada indica la resolución recurrida sobre el conocimiento o conciencia del inculpado de la ilegalidad urbanística que la concesión de la licencia conlleva».