Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Madrid
C/ Santiago de Compostela, 96 - 28071
Teléfono: 914934583/4630,914933800
Fax: 914934584
GRUPO DE TRABAJO 2 EL
37051540
N.I.G.: 28.079.00.1-2014/0031475

(01) 30237341384

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado

Origen:Juzgado de lo Penal nº 24 de Madrid
Procedimiento Abreviado

Apelante: D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Apelado: D./Dña. **D./Dña.** **D./Dña.** **D./Dña.** **D./Dña.** **D./Dña.** **D./Dña.** **y D./Dña.** **D./Dña.** **y D./Dña.** **y D./Dña.**
Procurador D./Dña. **Procurador D./Dña.** **Procurador D./Dña.** **Procurador D./Dña.** **Procurador D./Dña. IRENE GUTIERREZ CARRILLO**
Letrado D./Dña. **Letrado D./Dña.** **Letrado D./Dña.** **Letrado D./Dña. CARLOS DELGADO CAÑIZARES y Letrado D./Dña. ANA LUISA SANCHEZ RODRIGUEZ**

SENTENCIA N.º /14

MAGISTRADOS/AS:

PILAR DE PRADA BENGOA

CARLOS FRAILE COLOMA (ponente)

LUIS CARLOS PELLUZ ROBLES

En Madrid, a 9 de diciembre de 2014.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31 info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Visto en segunda instancia ante la Sección Decimoquinta de esta Audiencia Provincial el Procedimiento Abreviado n.º '14, procedente del Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid, seguido por delitos contra la ordenación del territorio, de prevaricación urbanística, desobediencia, prevaricación y omisión del deber de perseguir delitos, contra

, venido a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014. Han sido partes en la sustanciación del recurso la apelante mencionada y, como apelados,
representada y asistida por el Procurador de los Tribunales D.
. representado y asistido por la Procuradora de los Tribunales D.ª , representado y asistido por la Procuradora de los Tribunales D.ª Irene Gutiérrez Carrillo,
representado y asistido por la Procuradora de los Tribunales D.ª
y
y , representados y asistidos por la Procuradora de los Tribunales D.ª

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid, con fecha 29 de septiembre de 2014, se dictó sentencia cuyos "HECHOS PROBADOS" dicen:

"En la localidad de La Cabrera se han producido en los últimos años una serie de obras de construcción en fincas situadas en terrenos clasificados como Suelo No urbanizable de Protección (protección de La sierra de La Cabrera) por las Normas Subsidiarias en vigor, aprobadas definitivamente por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 25/07/2006, publicadas en el BOCAM el 13/08/96, sin haber obtenido las autorizaciones preceptivas (calificación urbanística autonómica y posterior licencia municipal). Dicho ámbito de protección abarca el macizo de La Cabrera y La Cabeza, y tiene la máxima categoría de protección, no sólo por su alto valor ecológico paisajístico,

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

sino por su vulnerabilidad, prohibiendo las citadas normas urbanísticas todo tipo de nuevas construcciones o instalaciones (salvo una excepción no aplicable a estos casos). Asimismo este territorio está afectado por la Orden 213/02 de 10 de septiembre, del Consejero de Medio Ambiente, por la que se declara la iniciación del procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de Recursos Naturales de la Sierra de Guadarrama.

Así la acusada , mayor de edad y sin antecedentes penales, actuando como administradora y representante legal de ' .', sociedad titular de una finca sita en c/ nº , el 27/04/07 había iniciado obras sin licencia alguna consistentes en construcción de un edificio de nueva planta adosado a la vivienda principal, para su ampliación, habiendo ejecutado los cimientos y la estructura de viguería metálica del nuevo edificio adosado, y se hallaba levantando las fachas mediante ladrillo.

El acusado , mayor de edad y sin antecedentes penales, promovió en su finca sita en , obras para el chapado en piedra de la fachada de su vivienda, para lo cual obtuvo licencia municipal de fecha 21/02/08, modificando el aspecto exterior de la edificación, fuera de ordenación, sin haber tramitado ni obtenido la preceptiva calificación urbanística.

El acusado , mayor de edad y sin antecedentes penales, promovió a partir de abril de 2008 en su parcela sita en ' obras consistentes en chapado en piedra de la fachada así como instalación de una estructura de hierro a manera de porche adosada a la vivienda. Todo ello sin tramitar licencia alguna.

El acusado , mayor dc edad y sin antecedentes penales, propietario de la finca sita en el , solicitó el 10/05/2007 licencia municipal para efectuar obras de conservación y saneamiento de su vivienda (fuera de ordenación), para amparar las obras que previamente había iniciado ya en abril, consistentes en la construcción de una planta bajo cubierta de 600 metros cuadrados, mediante colocación de una estructura espacial sobre la cubierta plana del inmueble, y terminación del muro de apoyo, obras para las que no obtuvo licencia alguna.

En ninguno de estos casos ha quedado debidamente acreditado de la prueba practicada en el plenario que dichas obras ilegales hayan tenido incidencia y/o impacto ambiental en el citado espacio protegido.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Igualmente se han efectuado obras de construcción en el paraje de El Roble del citado municipio, terreno éste que está catalogado en las citadas Normas Subsidiarias como Urbanización ilegal, al estar incluida en el Catálogo correspondiente a la Ley 9/85 sobre actuaciones urbanísticas ilegales en la CAM, manteniéndose como Suelo No Urbanizable hasta que se tramite y ejecute el correspondiente Plan de Ordenación de Núcleo de Población (PONP), siendo así que en la actualidad ya está constituida la Junta de Compensación por parte de los propietarios afectados y en trámites de obtener la legalización de las referidas viviendas.

Así, el acusado el acusado propietario de la finca sita en el , solicitó licencia municipal para consolidación de cubierta de vivienda, de interior y chapado de piedra, obteniendo licencia de 29/05/08 sólo para reparación de la cubierta, requiriendo la Junta de Gobierno al interesado presupuesto detallado para las restante obras. Dicho acusado en junio de 2008 promovió la demolición del tejado, del forjado bajo cubierta y de la tabiquería interior, de modo que el 2/07/08 la casa estaba arrasada en su totalidad, y el 14/08/08 el acusado promovió la construcción de una nueva vivienda. Tras las correspondiente denuncias de la Policía Local e informes técnicos de comprobación, la Junta de Gobierno acordó el 8/07/08 decretar la inmediata suspensión de las obras, con los apercibimientos legales de proceder en caso de incumplimiento a su precinto y de incurrir en responsabilidad penal. Tal acuerdo fue notificado personalmente al acusado el 26/0808. Pese a ello el acusado decide la continuación de las obras, de modo que el 25/09/08 ya había levantado 3 plantas y el 14/10/08 está ejecutando la cubierta. Ello motiva que la Junta de Gobierno por Acuerdo de 23/10/08 acordara la ejecución inmediata del precinto, ratificando la anterior suspensión. Dicho precinto se ejecuta por la Policía Local el 30/10/08, con entrega a su esposa de copia del Acta en que se apercibe de que la violación del precinto daría lugar a responsabilidad penal por delito de desobediencia.

Aun así el acusado continuó las obras, desconociendo el precinto y las reiteradas advertencias, de modo que el 6/11/08 ha iniciado el chapado en piedra de la fachada principal y el 11/11/08 se está ejecutando un tabique, incluso el 28/07/09 se realizan trabajos de colocación de elementos de piedra en los perímetros de los huecos de las ventanas. El 3/02/10 la nueva vivienda está finalizada y habitada.

El esposo de la acusada, . , propietarios de la finca sita en c/ , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue el que promovió a

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

partir de junio de 2007 la demolición del tejado de las construcciones adosadas, para luego elevar las fachadas y construir un nuevo tejado, chapando todas las fachadas en piedra. Su esposo había solicitado licencia municipal el 30/05/07 para consolidación de cubierta, lo que dio lugar a requerimiento municipal para presentar el correspondiente proyecto, que no cumplió nunca la interesada, excediendo en cualquier caso las obras con mucho de la propia solicitud de licencia.

Asimismo la Corporación , pese a tener puntual y perfecto conocimiento de las obras que se estaban realizando, adoptó las resoluciones administrativas pertinentes tales como la suspensión de las citadas obras, las correspondientes órdenes de paralización e imposición de multas salvo la demolición de las mismas.

Asimismo el acusado, , mayor de edad y sin antecedentes penales, ejercía sus funciones como Alcalde del municipio en el año 2007 hasta el 15 de junio en que cesó, cuando tuvo entrada en el Ayuntamiento el 4/05/07 la denuncia 15/07 de la Policía Local, por ejecución de obras sin licencia, no teniendo dicho acusado conocimiento de la misma ello a diferencia de otra denuncia formulada también por la policía local de fecha 30 de mayo de ese mismo año que si fue tramitada acordando el 15 de junio y en su última actuación como Alcalde requerir al solicitando para la presentación del correspondiente proyecto técnico.

El acusado, , mayor de edad y sin antecedentes penales, como Alcalde, a partir del 16/06/07, el acusado como Primer Teniendo de Alcalde, y mayores de edad y sin antecedentes penales, como Tenientes de Alcalde, componían la nueva Junta de Gobierno, la cual tenía funciones delegadas del Alcalde en materia urbanística, periodo en la que entraron en el Ayuntamiento las siguientes denuncias:

1.- Los acusados citados en el párrafo anterior, tras conocer la denuncia de la Policía Local 47/07, que entró en el Ayuntamiento el 3/08/07, referente a las obras relatadas en c/ , no realizaron ninguna de las actuaciones legalmente obligatorias frente a esta infracción.

2.- Los mismos acusados, conocieron la denuncia de la Policía Local nº 77/07, que entró en el Ayuntamiento el 16/10/07, referente a la ejecución de obras sin licencia

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

en el paraje El Roble nº , promovidas por el posteriormente fallecido

las cuales consistían en la demolición de tejado de la construcción existente en la parcela, elevación de una planta bajo cubierta y construcción de nuevo tejado. Dicho promotor había solicitado licencia para reparación de tejado, que le fue concedida el 2/10/07 exclusivamente a estos fines, licencia que no cubría la obra ejecutada. Los acusados dieron traslado de la denuncia a la Dirección General de Promoción y Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de CAM.

3.- Los mismos acusados, constituidos en Junta de Gobierno de fecha 21/03/08, acordaron conceder al acusado la licencia solicitada para su finca en , relativa al chapado de piedra de la fachada de la vivienda (fuera de ordenación), sólo condicionada a la utilización de granito similar de granito similar al de la zona. Los acusados tomaron esta decisión pese a conocer el informe técnico-urbanístico negativo a esta solicitud.

4.- Los citados acusados tuvieron conocimiento de la denuncia de la Policía Local nº 106/07, por ejecución de obra sin licencia en c/ (Suelo No Urbanizable de Protección ecológica), consistente en la instalación de una casa de madera prefabricada sobre una cimentación que ya existía en el 2006. Esta denuncia tuvo entrada en el Ayuntamiento el 16/11/07. El Alcalde dictó Decreto de fecha 20/11/07 acordando la suspensión inmediata de las obras, con requerimiento al promotor para que en el plazo legal de 2 meses solicitara legalización de las obras mediante la solicitud de la preceptiva calificación urbanística, con advertencia de que en caso de no legalización de las obras el Ayuntamiento acordaría la demolición. Igualmente la Alcaldía ordenó incoar el correspondiente expediente ordenó incoar el correspondiente expediente sancionador por resolución de 15/12/08. Todo ello con independencia de dar traslado de la denuncia al Departamento disciplinario competente autonómico. En cambio, pese a que las obras no fueron legalizadas en el plazo concedido, los acusados no acordaron ni ejecutaron la demolición, tal como preveía la propia Orden de suspensión de las obras, demolición ni restauración del estado anterior que tampoco fue acordada por la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid que igualmente le impuso una sanción pecuniaria y que acordó adoptar las medidas necesarias para reparar el daño ocasionado.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

5.- Los mismos acusados tuvieron conocimiento de la denuncia de la Policía Local nº 56/08, por ejecución de obras sin licencia en el , promovidas por el acusado , anteriormente descritas. Esta denuncia tuvo entrada en el Ayuntamiento el 26/06/08. Los acusados constituidos en Junta de Gobierno de fecha 29/05/08, había otorgado licencia de obras sólo para reparación del tejado. Y en sesión de 8/07/08 acordaron la suspensión de las obras con requerimiento de legalización y apercibimientos contenidos en los citados art. 193 y 194 de la Ley del Suelo de la CAM. Ante la constancia del incumplimiento de la Orden de paralización, la Junta de Gobierno acuerda el 23/10/08 el precinto de las obras, ratificando la anterior Orden, y la incoación de procedimiento sancionador. Ante la vulneración del precinto, la Junta acuerda el 2/12/08 solicitar el corte de suministro eléctrico y la imposición de sanciones, y el 11/09/09 impone la correspondiente multa. No obstante tampoco acordaron la demolición de las obras.

A fecha de ocurrir los hechos los medios materiales y humanos con los que contaba el Ayuntamiento de La Cabrera eran mínimos, estando la plantilla de la Policía Municipal integrada por dos agentes y siendo el cargo de secretario del Ayuntamiento, salvo un breve período de tiempo, ejercido por personal interino".

Y cuyo "FALLO" dice:

"Que debo ABSOLVER Y ABSUELVO a

y -ya circunstanciados- como autores penalmente responsables de un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL ART. 319.1 DEL CÓDIGO PENAL.

Igualmente debo ABSOLVER Y ABSUELVO a

y a -ya circunstanciados- como autores penalmente responsables de un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL ART. 319.2 DEL CÓDIGO PENAL así como del DELITO DE DESOBEDIENCIA DEL ART. 556 DEL MISMO TEXTO LEGAL que se le imputaba a

También debo ABSOLVER Y ABSUELVO a

-ya circunstanciado- como autor penalmente responsable del DELITO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL ART. 320.2 EN RELACIÓN CON EL

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31 info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

ART. 11 O ALTERNATIVAMENTE UN DELITO DE PREVARICACIÓN COMÚN DEL ART. 404 EN RELACIÓN CON EL ART. 11 así como un DELITO DEL DEBER FUNCIONARIAL DEL PERSEGUIR DELITOS DEL ART. 408, TODOS ELLOS DEL CÓDIGO PENAL, y de la misma manera debo ABSOLVER Y ABSUELVO a

y -ya circunstanciados- como autores penalmente responsables del DELITO CONTINUADO DE PREVARICACIÓN URBANÍSTICA DEL ART. 320.22 EN RELACIÓN CON EL ART. 11 y 74 O ALTERNATIVAMENTE UN DELITO CONTINUADO DE PREVARICACION COMÚN DEL ART. 404 EN RELACIÓN CON EL ART. 11 y 74 así como un DELITO CONTINUADO DEL DEBER FUNCIONARIAL DEL PERSEGUIR DELITOS DEL ART. 408 y 74, TODOS ELLOS DEL CÓDIGO PENAL, ello con declaración de oficio de las costas procesales ocasionadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes personadas, por el Ministerio Fiscal se interpuso el recurso de apelación que autoriza el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que solicita la revocación de la sentencia y la condena de los acusados por los delitos imputados, en los términos expresados en las conclusiones definitivas del recurrente, alegando como único motivo: infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 319.1, 319.2, 556, 320.2, 11 y 408 del Código Penal.

TERCERO.- Admitido el recurso y efectuado el correspondiente traslado a las demás partes, el Procurador de los Tribunales D. , en nombre y representación de , la Procuradora de los Tribunales D.ª , en nombre y representación de , la Procuradora de los Tribunales D.ª Irene Gutiérrez Carrillo, en nombre y representación de , la Procuradora de los Tribunales D.ª , en nombre y representación de y la Procuradora de los Tribunales D.ª , en nombre y representación de , y , presentaron escritos de impugnación, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los contenidos en la sentencia impugnada, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal impugna la sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid, en la que se absuelve a

de los siguientes delitos que el recurrente les imputaba en su escrito de acusación, todos ellos previstos y penados en el Código Penal: contra la ordenación del territorio del art. 319.1, contra la ordenación del territorio del art. 319.2, de desobediencia del art. 556, de prevaricación del art. 404, en relación con el art. 11, y del deber de perseguir delitos del art. 408.

El único motivo de impugnación (infracción de ley por aplicación indebida de los arts. 319.1, 319.2, 556, 320.2, 11 y 408 del Código Penal) se desarrolla con las siguientes alegaciones:

Los hechos declarados probados en la sentencia apelada son por sí solos constitutivos de los diversos delitos imputados en las conclusiones definitivas del recurrente.

En las construcciones de la Sierra de La Cabrera se dan todos los elementos de los delitos contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del Código Penal: los acusados son promotores de las obras; se trata de claras obras de construcción; estas se realizan en Suelo No Urbanizable de Protección con máxima protección ecológica; y las obras, además de no haber sido autorizadas, no son autorizables. En efecto, se refleja en la Sentencia que las obras se hicieron sin la preceptiva calificación urbanística y sin licencia, salvo en el caso de Collado de la Tejera , en que se concedió licencia irregularmente contra el informe técnico negativo y sin calificación urbanística. Asimismo se describen obras que se subsumen en el concepto jurisprudencial de construcción (así, STS de fecha 29-11-06 la define como las "obras que producen por obra del hombre con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados una

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de la zona geográfica afectada"). También se declara que tales obras son ilegales por no estar permitido en el planeamiento municipal ninguna nueva construcción o instalación, dada la máxima riqueza ecológica y vulnerabilidad de la zona, tolerándose simplemente las construcciones preexistentes a las vigentes normas urbanísticas municipales que quedan "fuera de ordenación". Por tanto los titulares de edificios antiguos fuera de ordenación (como es el caso de todos los acusados) solo pueden conservar pura y simplemente sus inmuebles o viviendas, pero queda prohibido cualquier obra de ampliación, rehabilitación, mejora o reconstrucción, precisamente porque la voluntad del planeamiento es que estos edificios fuera de ordenación, una vez acabada su vida, dejen paso a la restauración del medio natural, ajustándose finalmente a las previsiones del planeamiento urbanístico. En cambio, las constantes obras de rehabilitación, ampliación o de nueva edificación sobre la anterior lo que hace es perpetuar la realidad física fuera de ordenación, con nuevas construcciones ilícitas.

El único fundamento que se aprecia en los Hechos Probados para no condenar, pese a concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, es que no está acreditado el impacto ambiental de tales construcciones en el espacio protegido. Lo cual no lo exige el tipo. Así, existe un subtipo agravado (art. 338) que exige afectación a un espacio natural protegido, subtipo que aquí no se ha planteado. Se trata de un delito contra la ordenación del territorio, no contra el medio ambiente (aunque este queda afectado indirectamente de modo potencial). Además, se trata de un delito de mera actividad (que no exige resultado alguno de daño o peligro concreto para el bien jurídico protegido que es la ordenación del territorio). Por tanto, se consuma con el inicio de la construcción, lo relevante es el desvalor de la acción, y se configura como delito de peligro hipotético siendo lo característico la idoneidad de la actividad y el peligro posible para el bien jurídico. responde a los delitos de acumulación, presunción lesiva derivada no de la actuación de un sujeto concreto sino de la consideración acumulada de esta clase de acciones. Los delitos urbanísticos en sí mismos considerados carecen de entidad material suficiente para afectar al bien jurídico, sino que manifiestan un peligro presunto de manera que únicamente mediante una reiteración de dichas conductas se puede llegar a producir una afectación material al bien jurídico colectivo. En este caso, es evidente que la proliferación de construcciones, destinadas a mejorar, reforzar y ampliar edificaciones fuera de ordenación en un entorno

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

de máxima protección ecológica y además especialmente vulnerable, afecta potencialmente a la protección urbanística de la zona, que precisamente se ha considerado debe preservarse de todo aprovechamiento urbanístico. Sin que en ningún caso se requiera una prueba pericial dirigida a acreditar el impacto ambiental de las construcciones previstas en el art. 319.1, requisito exótico en nuestra doctrina jurisprudencial, que jamás lo ha exigido.

En cuanto a los delitos imputados del art. 319.2 (construcciones en El Roble), quedan igualmente claros todos los elementos: se trata de diversas edificaciones, en Suelo No Urbanizable en el momento de los hechos y en el del juicio (aunque esto último es irrelevante), los acusados son los promotores, y las edificaciones no son autorizables (pues el uso residencial no está permitido en el Suelo No Urbanizable, según art. 29 de la Ley del Suelo 9/01 de la CAM). Frente a lo que expone la sentencia, el concepto de edificación sí está definido legalmente, en concreto en la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, concretamente en su art. 2, al que nos remitimos para constatar el carácter de edificación de las distintas obras imputadas en este apartado. El hecho de que en el momento del juicio se esté tramitando el Plan de Ordenación de Núcleo de Población que podría conducir a la legalización de las edificaciones existentes en la urbanización hoy por hoy ilegal no afecta a que en el momento de los hechos dichas edificaciones eran totalmente ilegales. En este sentido se ha pronunciado la Circular 7/11 de la Fiscalía General del Estado, al aclarar, con apoyo de jurisprudencia menor, que el requisito de "no autorizable" debe referirse a obras de construcción o edificación incompatibles con el planeamiento urbanístico en vigor en el momento de los hechos, pues es evidente que un cambio posterior en el planeamiento no puede afectar a la previa consumación del delito. Distinto sería la afectación de la medida de demolición, que no procedería si en el momento del juicio la edificación o construcción se ha legalizado por un cambio de planeamiento (así, STS de 21-6-12 y de 22-5-13). No obstante, resulta que en este caso además es incierto el resultado del proceso de legalización de la urbanización, que en el momento del juicio estaba en tramitación.

Debe aclararse, en cuanto a la invocación del principio de intervención mínima del Derecho Penal, para valorar que, pese a concurrir todos los elementos de los tipos del art. 319 del Código Penal, los hechos carecen de relevancia penal, el TS dejó claro en su Sentencia de fecha 28-3-06 que el Derecho Penal se rige por dos principios: el de

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

legalidad y el de intervención mínima, el primero se dirige a los jueces y tribunales, y el segundo al legislador, como postulado razonable de política criminal, pero que en la praxis judicial, aún pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del Derecho Penal.

En cuanto al delito imputado de desobediencia, es evidente que según el relato de hechos probados el acusado conocía directamente la Orden de suspensión de las obras, con el correspondiente apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal, y que conscientemente desobedeció la orden hasta el punto de terminar la edificación nueva que estaba realizando. Incluso llega a vulnerar el precinto que materialmente había ejecutado la Policía Local. No cabe duda la comisión del delito de desobediencia. Aunque en el momento de ejecución del precinto estaba presente su esposa y no él, era conocedor según el relato de Hechos Probados de la orden de suspensión y de las consecuencias penales de su incumplimiento, y vulneró ese precinto a posteriori. A estos efectos, debe reseñarse la STS de fecha 6-11-09 que advierte que frente a un exagerado rigor formalista "ha de advertirse que la desobediencia prevista en el art. 556 lo que realmente ha de suponer es una conducta decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante, a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada aunque si llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente este".

En cuanto al delito de prevaricación urbanística activa imputada, por concesión de licencia en Collado de la Tejera (dentro de la citada zona de máxima protección de la Sierra de La Cabrera), igualmente concurre el delito del art. 320.2: concesión de la licencia contra la normativa urbanística de obras de chapado en piedra de la fachada de la vivienda, pues dicha normativa como se ha visto no permite ninguna obra más allá de las de pura conservación y ésta no lo es, como se advirtió en el informe técnico contrario a la licencia. Además, se dio dicha licencia sin obtener la previa calificación urbanística, exigible en todo caso al tratarse de Suelo No Urbanizable según art. 28 y 29

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

de la Ley del Suelo de la CAM. Por tanto, se trata de una decisión contraria a la normativa urbanística (sustantiva y procedimentalmente) adoptada por la Junta de Gobierno municipal con conocimiento de su ilegalidad, sustituyendo conscientemente la normativa urbanística por su libre arbitrio.

En cuanto a la prevaricación urbanística omisiva, también es evidente. En efecto, se relatan en los Hechos Probados de la Sentencia múltiples denuncias de la Policía Local por obras sin licencia. Es clara la obligación del Ayuntamiento de restaurar la legalidad urbanística ante estas denuncias, siguiendo el procedimiento previsto en los art. 193 y 194 de la Ley del Suelo de la CAM. El esquema de este procedimiento es claro: el Ayuntamiento debe acordar de inmediato la suspensión de las obras, con las advertencias oportunas, dando plazo al promotor para instar la legalización de las obras. Si las obras son acordes al planeamiento, se otorgará la posterior licencia sanatoria, y las obras quedan legalizadas. Pero si no se legalizan las obras, el Ayuntamiento debe acordar la demolición. Es decir, este expediente solo puede tener una finalidad, cual es la sujeción de la realidad física al planeamiento urbanístico, y se puede producir con dos terminaciones: la legalización o la demolición. En cambio, frente a las denuncias que entraban en el Ayuntamiento, el equipo de gobierno competente o bien no hacía nada o bien dictaba orden de suspensión sin reaccionar ante su incumplimiento (con lo cual la actuación es ficticia o aparente) o bien, en un solo caso, acordaba el precinto, pero ante su violación y terminación de la edificación no acordaba la demolición. En definitiva, en ninguno de los casos se produjo la legalización de las obras, y el Ayuntamiento permaneció pasivo ante su culminación, sin acordar en un solo caso la demolición, por lo que con su pasividad permitió la consolidación de las edificaciones ilegales. Esta omisión equivale a la autorización expresa de las obras, por lo que es aplicable la prevaricación omisiva, vía art. 11 del Código Penal. Aparte de los requisitos genéricos de la prevaricación omisiva, que se analizan, por ejemplo, en la STS de 18-10-06, la STS de 18-3-03 considera prevaricación omisiva ambiental del art. 329 del C.P. (de la misma naturaleza que la urbanística del art. 320) por "inactividad dolosa del Alcalde, decisión o actitud que equivale a la concesión de la autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa medio-ambiental".

No es de recibo el argumento del escaso personal del Ayuntamiento. En efecto, se habla de que solo había dos agentes de la P. Local. Pero paradójicamente constan

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

múltiples denuncias de dichos agentes, que sí cumplían con su obligación de denunciar ante el Ayuntamiento las obras sin licencia. Tampoco había problemas de secretaría, pues las órdenes de suspensión que se recogen en los Hechos Probados de la Sentencia tal como se expone en la misma contenían todas las advertencias legales, y todos los pasos legales (pues eran una transcripción de los art. 193 y 194 de la Ley del Suelo). Por tanto, es evidente que los acusados miembros de la Junta de Gobierno sabían que si no se cumplía la orden de suspensión había que acordar el precinto. Y que si no se legalizaban las obras había que acordar la demolición, pues así constaba en tales resoluciones-modelo. Tampoco se entiende que puedan dictar dichas complejas órdenes y no puedan dictar una sencilla orden de demolición, única salida legal ante la no legalización de las obras. Según dichos preceptos, esta restauración de la legalidad urbanística es de competencia municipal, siendo la competencia autonómica subsidiaria (en el caso de la Disciplina Urbanística) o paralela (en el caso de la Disciplina Ambiental). En ningún caso la remisión ocasional que se hacía de algunas denuncia a Disciplina Ambiental de la CAM puede excusar al Ayuntamiento de no ejecutar sus obligaciones esenciales en materia de Disciplina Urbanística. Es grave tolerar por la vía de la omisión de obligaciones legales por parte de un Ayuntamiento las construcciones y edificaciones ilegales, permitiendo su consolidación, una vez prescrita la acción administrativa de protección de la legalidad urbanística, a los 4 años de su terminación (art. 194 de la Ley del Suelo de la CAM).

En cuanto a los delitos imputados del art. 408, debe hacerse constar que la propia orden de suspensión advertía de que en caso de incumplimiento se incurriría en delito de desobediencia, lo que prevé el art. 193 de la Ley del Suelo, por lo que es evidente que dicha omisión por el Gobierno Municipal de su obligación de denunciar dicha desobediencia entra en el art. 408 del C. Penal. Como también entra la omisión del deber de denunciar las construcciones y edificaciones ilegales en Suelo No Urbanizable como delitos urbanísticos, según prevé el art. 42 del Decreto legislativo 2/2008 de 20 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal) así como la obligación genérica de denunciar del art. 262 de la LECr..

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que la Sentencia debería ser condenatoria por todos los delitos imputados a los acusados. Y se interesa que, previos los trámites legales, por la AP se revoque la Sentencia apelada, y en su lugar se dicte

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

otra que condene a los acusados por los delitos imputados, y en los términos expresados en nuestras conclusiones definitivas.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen de cada una de las infracciones penales de las que en la sentencia apelada se absuelve a los acusados, dada la naturaleza absolutoria de la sentencia y habida cuenta del tenor de los motivos de impugnación formulados por el Ministerio Público, es preciso hacer alusión a dos cuestiones, que afectan a la resolución de todo lo planteado en el recurso.

En primer lugar, resulta obligada la referencia a la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en materia de revocación de sentencias absolutorias dictadas en primera instancia. Como exponente, podemos citar la sentencia de 19 de julio de 2012, en la que la Sala Segunda del Tribunal Supremo concluye que, aunque se dan los elementos objetivos del delito de insolvencia punible por el que la Audiencia Provincial había absuelto en primera instancia, y que incluso mediante un juicio de inferencia todo aparenta que también se da el elemento subjetivo del referido tipo penal, esta última convicción no se puede plasmar en la sentencia de casación, debido a los requisitos procesales que vienen exigiendo la doctrina jurisprudencial del TEDH y del Tribunal Constitucional con respecto a los principios de contradicción e inmediación y al derecho fundamental a la defensa.

De entre los razonamientos que fundamentan tal conclusión, podemos destacar los siguientes:

Las pautas hermenéuticas que viene marcando el Tribunal Constitucional -que recoge a su vez la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- al aplicar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (en concreto: inmediación, contradicción y oralidad) y también del derecho de defensa en el proceso penal, hacen muy difícil la revisión de la convicción probatoria del Tribunal de instancia en los casos en que concurren pruebas personales en el juicio celebrado en la instancia. Hasta tal punto ello es así, que cuando el reexamen de la sentencia recurrida no se circunscribe a cuestiones estrictamente jurídicas es poco plausible que prosperen los recursos de apelación y casación que pretenden revisar las sentencias absolutorias o agravar la condena dictada en la instancia.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Así lo entendimos en las sentencias dictadas recientemente /2011, de 15 de noviembre, '2011, de 18 de noviembre, y ./2011, de 29 de diciembre, cuyo texto -especialmente el de esta última- seguimos en los razonamientos que se exponen a continuación, sentencias en las que se citan otras de esta Sala que han seguido la misma línea interpretativa.

En efecto, conviene subrayar, en primer lugar, los criterios restrictivos implantados por el Tribunal Constitucional en lo que respecta a la extensión del control del recurso de apelación sobre las sentencias absolutorias cuando se dirimen cuestiones de hecho relacionadas con la apreciación de pruebas personales, criterios instaurados por la sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, que se han visto reafirmados y reforzados en numerosas resoluciones posteriores del mismo Tribunal (SSTC 170/2002, 197/2002, 198/2002, 230/2002, 41/2003, 68/2003, 118/2003, 189/2003, 50/2004, 75/2004, 192/2004, 200/2004, 14/2005, 43/2005, 78/2005, 105/2005, 181/2005, 199/2005, 202/2005, 203/2005, 229/2005, 90/2006, 309/2006, 360/2006, 15/2007, 64/2008, 115/2008, 177/2008, 3/2009, 21/2009, 118/2009, 120/2009, 184/2009, 2/2010, 127/2010, 45/2011, y 46/2011, entre otras muchas).

En esas resoluciones el Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada. El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Y en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias (184/2009, de 7 de octubre, y 142/2011, de 26 de septiembre) en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

La referida doctrina del Tribunal Constitucional se fundamenta en diferentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y así lo recuerda la STC 120/2009, de 18 de mayo, al argumentar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que cuando el tribunal de apelación conozca 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 Ilisescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; y 10 de marzo de 2009, caso 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). En la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España, se hace hincapié en la misma doctrina, al estimar que la apreciación de un elemento subjetivo del injusto alberga un componente fáctico que hace imprescindible oír al acusado antes de dictarse una sentencia condenatoria en apelación. Y lo mismo ocurre con la STEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero contra España, que la sentencia del Tribunal Supremo que venimos citando considera relevante porque relevante porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. También en esa línea, la STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España, que, en relación a una condena en segunda instancia, tras la absolución inicial en la primera, alude a la falta de celebración de una vista oral, en el curso de la cual las pruebas derivadas de las declaraciones del acusado, los testigos y los peritos habrían podido ser examinadas. Finalmente, se cita la STEDH de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España, que sostiene que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado o de otros testigos.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Una vez recogida la jurisprudencia del TEDH que se acaba de citar, la STS de 19 de julio de 2012, advierte, en primer lugar, que no solo no existe un trámite específico en la sustanciación del recurso de casación en nuestro ordenamiento jurídico para oír al acusado y a posibles testigos, sino que tampoco lo hay en el recurso de apelación, toda vez que dada la redacción concluyente del art. 790.3 de LECrim. (no modificada con motivo de la reforma de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre) no cabe una interpretación de la norma que dé pie a la reiteración en la segunda instancia de la prueba practicada en la primera, pues el precepto se muestra tasativo y taxativo con respecto a las pruebas admisibles en la segunda instancia, acogiendo solo excepcionalmente la práctica de nuevas pruebas ante el tribunal de apelación. Y desde luego en ningún caso autoriza la repetición de pruebas ya practicadas al efecto de modificar la convicción obtenida en la primera instancia.

Esta Sala, continúa la mencionada sentencia, ya ha tratado con posterioridad a la STC 167/2002 la cuestión relativa a la posibilidad de repetir en segunda instancia las pruebas personales practicadas en la primera con el fin de obtener una convicción probatoria distinta a la del juzgador de instancia, y se ha pronunciado de forma inequívoca en sentido negativo (SSTS 258/2003, de 25-2; y 352/2003, de 6-3), ajustándose así a lo preceptuado en la LECr. (art. 795.3 antiguo y 790.3º actual).

Además, de admitirse la repetición de la prueba testifical practicada en la instancia en una nueva vista de apelación o de casación implantaríamos "*de facto*" un modelo de recurso que se aproxima a la apelación plena y abandonaríamos el modelo de apelación limitada o restringida, que es el tradicional de nuestro ordenamiento procesal, innovación que supondría en la práctica una alteración sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal penal, con bastantes más inconvenientes que ventajas. Mucho más razonable resulta, por tanto, mantener la segunda instancia como un juicio de revisión de lo argumentado y decidido en la primera, atendiendo para ello a los relevantes y significativos datos que proporcionan las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación, tal como autoriza la última reforma del art. 791.2 de la LECr. por Ley 13/2009, de 3 de noviembre. Posibilidades que, por cierto, han sido minusvaloradas por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 120/2009, 184/2009, 142/2011, 153/2011y 154/2011).

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

En cualquier caso, concluye la mencionada sentencia que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 164/2012, de 3-3, y 325/2012, de 3 de mayo, entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

Además de esa doctrina relativa a la revisión de sentencias absolutorias, también ha de traerse a colación la jurisprudencia relativa al contenido de los hechos probados de las sentencias penales. Dice la STS 347/2012, de 25 de abril, con cita de las SSTS 2110/2002 de 10-12 y 183/2002 de 12-2, que el art. 248 Ley Orgánica del Poder Judicial exige que la sentencia contenga un apartado de hechos probados que sea la exteriorización del juicio de certeza alcanzado por la Sala sentenciadora, del que deben formar parte todos los datos relativos a los hechos relevantes penalmente con inclusión muy especialmente de aquellos que pueden modificar o hacer desaparecer alguno de los elementos del delito que comenzando por los supuestos de exclusión de la imputabilidad aquellas eliminan la tipicidad, estas la culpabilidad, para terminar por los supuestos de exclusión de la punibilidad dentro de lo que podemos incluir la excusa absolutoria, las condiciones objetivas de punibilidad y la prescripción todos estos elementos deben formar del "*factum*" porque todos ellos forman "la verdad judicial" obtenida por el tribunal sentenciador. Su incorporación permite un contraste cuando sean cuestionables a través de la vía de los recursos. Por el contrario, su omisión imposibilita todo control, no solo sobre la prueba, sino también sobre la aplicación de la Ley. Teniendo en cuenta que el objeto del proceso es un hecho, la declaración de hechos probados de la sentencia deberá referirse a él expresamente, incluso para señalar que, en lo que constituye el núcleo esencial de la acusación, no ha sido probado.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Ahora bien la cuestión relativa a si los hechos que el tribunal declara probados deben aparecer descritos en su integridad en el apartado fáctico de la sentencia ha sido resuelto por esta Sala 2ª de forma distinta:

- Una primera postura tradicional venía introduciendo que los hechos probados que aparecen en el apartado correspondiente pueden ser computados con las afirmaciones fácticas que aparezcan en la fundamentación (STS 1-7-92; 24-12-94; 21-12-95; 15-2-96; 987/98, de 20-7; 1433/98, de 17-11; 1899/2002, de 15-11; 990/2004, de 15-4) con la consecuencia que la impugnación de tales declaraciones como error de derecho solamente resulta punible bien por la vía del art. 849.2º LECrim.; bien por la del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ.

- En segundo lugar, otra postura niega que pueda considerarse hecho probado todo aquello que formalmente se encuentre fuera del apartado fáctico de la sentencia.

Postura mantenida en STS 769/2003 de 31-5 y 788/87 de 9-6, que consideran que la técnica de complementación del hecho, no solo produce indefensión, sino que es contraria a la legalidad al contradecir en sus propios términos el tenor literal y estricto del relato fáctico en el que, por exigencias de sistemática y de tutela judicial efectiva se tiene que concentrar todo el bagaje y sustento fáctico de la calificación jurídica.

Por ello si la sentencia es o pretende ser un cuerpo sistemático y armónico, su redacción deberá respetar estos presupuestos y distinguir perfectamente los diferentes planos -fácticos y jurídicos- que intervienen en su composición. Los fundamentos de derecho no son el lugar adecuado para cumplimentar o integrar el hecho probado y mucho menos para ampliarlo un prejuicio del acusado. Por ello sería conveniente -como ya se hace por algunos órganos jurisdiccionales-, introducir un apartado dedicado a la motivación de los hechos probados. Ello permitiría concentrar los aspectos jurídicos que se utilizan para la fundamentación del fallo o parte dispositiva en el apartado correspondiente, sin contaminaciones fácticas que pretendan, nada menos que incorporarse al hecho probado para suplir, *in malam partem*, las omisiones en que hayan podido incurrir sus redactores.

- Y en tercer lugar una postura intermedia que si bien parte de esta íntima afirmación, admite que un determinado hecho probado pueda ser complementado o explicado en afirmaciones fácticas contenidas en la fundamentación, siempre que unos

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

aspectos esenciales en la relación con la descripción típica, aparezca en el apartado fáctico.

Postura recogida en STS 945/2004, de 23-7; 1369/2004 de 23-7; 302/2003 de 27-2; entre otras, que admiten que en ocasiones, aunque siempre de modo excepcional y nunca en perjuicio del acusado, los fundamentos jurídicos puedan contener afirmaciones que complementan el hecho probado, pero también ha puesto de relieve que se trata de una posibilidad que encierra cierto peligro para las garantías del acusado, que tiene derecho a conocer con claridad aquello por lo que se le condena (STS 22-10-2003), de manera que a través de este mecanismo solo será posible completar lo que ya consta debidamente expuesto en el relato fáctico en sus aspectos esenciales. De acuerdo con estas consideraciones, nunca será posible que en una sentencia se contengan unos hechos en el espacio destinado al relato fáctico y otros diferentes o incluso contradictorios en la fundamentación jurídica, pues en estos casos, no resuelta posible saber cuáles son los hechos completos que, en definitiva, ha estimado el tribunal quedaban probados, lo que impide consecuentemente el control, la interpretación y aplicación de las normas sustantivas procedentes (STS 23-7-2004).

En definitiva, puede sostenerse que todos los elementos del tipo objetivo del delito, incluidos los relativos a circunstancias agravantes y subtipos agravados, deben constar en todo caso en el apartado de hechos probados, sin que sea posible complementarlos con el contenido de la fundamentación jurídica.

Por el contrario los juicios de inferencia por los que se afirma o eventualmente se niega la concurrencia de un hecho subjetivo -como puede ser la posesión de la droga para el tráfico- aun cuando su existencia puede hacerse en los hechos probados, ello no es una exigencia ineludible por cuanto tal afirmación debe hacerse en los fundamentos de derecho, tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa intención o propósito, y lo que no resulta permisible es realizar la afirmación de su concurrencia en el *factum* de modo gratuito, es decir sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podía ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una tendencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto, cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

derecho. Pero esta cuestión solo tiene que ser con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probado la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.

En definitiva -como precisa la STS 140/2005 de 2.2-, la concurrencia de un elemento subjetivo puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico -posibilidad y no exigencia- para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique como ha quedado acreditado dicho elemento.

TERCERO.- Las dos cuestiones anteriormente reflejadas, es decir las limitaciones a la posibilidad de revocar sentencias absolutorias dictadas en primera instancia, especialmente cuando ello implique modificar los hechos probados mediante una revisión de la valoración de las pruebas personales practicadas en aquella sede, y la necesidad de que los hechos probados de una sentencia contengan todos los elementos de los delitos por los que en la parte dispositiva se condena, condicionan la resolución de todos los motivos de reproche formulados por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid.

Nos referiremos, en primer lugar, a los delitos contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del Código Penal, de los que se acusa a y a por las construcciones realizadas en terrenos de la sierra de La Cabrera, clasificados como suelo no urbanizable de protección.

La sentencia apelada absuelve a tras declarar probado que, sin licencia alguna, inició la construcción en dicho paraje un edificio de nueva planta adosado a una vivienda principal preexistente, habiendo ejecutado los cimientos y la estructura de viguería metálica del nuevo edificio adosado y levantado parte de las fachadas de ladrillo.

Respecto de al que también absuelve, declara la sentencia probado que, tras obtener licencia municipal, realizó en su vivienda obras de chapado en piedra de la fachada.

Los hechos declarados probados en cuanto a posteriormente absuelto, son la realización, sin licencia alguna, del chapado en piedra de la fachada de una vivienda y la instalación de una estructura de hierro a manera de porche adosada a aquella.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Finalmente, dentro del apartado que ahora nos ocupa, la sentencia absuelve a , tras declarar probado que elevó una planta en una vivienda, sin licencia alguna, y posteriormente, con objeto de amparar dicha actuación, solicitó licencia para efectuar obras de conservación y saneamiento en la citada vivienda.

En ninguno de estos casos, se señala en los hechos probados, ha quedado debidamente acreditado dichas obras ilegales hayan tenido incidencia y/o impacto ambiental en el espacio protegido.

Por otra parte, en la fundamentación jurídica de la sentencia, tras citar jurisprudencia que refleja la coexistencia, junto a las infracciones penales que nos ocupan, de otras infracciones de índole administrativa y que deduce de ello la necesidad, para apreciar las primeras, de una gravedad del atentado al bien jurídico protegido, evitando interpretaciones extensivas de los tipos penales, concluye que la actuación de no revistió tal gravedad, no alcanzó la entidad suficiente para poder apreciar el delito. Señala la sentencia que se la actuación se produjo sobre una vivienda de varias décadas, en mal estado por el paso del tiempo y las inclemencias propias de la zona geográfica, que la acusada había obtenido autorización del Ayuntamiento para la reconstrucción del porche por hundimiento de techo y estructura debido a humedades, así como para la consolidación de tierras en el jardín y que, aunque se excedió de la licencia, pues comenzó a construir un edificio nuevo adosado a la vivienda principal, ello no constituyó una evidente, clamorosa y flagrante contradicción con el ordenamiento jurídico, sino más bien una ilegalidad administrativa.

Además la sentencia destaca que no se ha practicado en fase de instrucción una pericial medio-ambiental para determinar si las obras tuvieron incidencia en la zona, considerando imprescindible la prueba al ser difusa y tenue la línea divisoria entre las infracciones penales y administrativas. También se reseña que el informe obrante en las actuaciones, emitido por los servicios técnicos de la zona norte de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, ratificado en el plenario, según el cual, la finca que nos ocupa y las de los otros acusados incluidos en este apartado, que, sin perjuicio de otras informaciones que pudieran recogerse sobre el planeamiento urbano en el Ayuntamiento de La Cabrera, tienen un uso residencial urbano y no están afectas por ninguna figura de protección. Con todo ello se concluye la falta de prueba del impacto ambiental, señalándose que, dadas las características de la

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

zona y la preexistencia de otras construcciones habitadas, el tipo penal imputado se desdibuja.

Estos últimos razonamientos se aplican también a los otros tres acusados por el delito del art. 319.1 del Código Penal. Respecto a , en la fundamentación jurídica de la sentencia se señala además que solicitó en fecha 5-2-08 autorización para el chapado de la fachada; que dicha solicitud fue informada negativamente por el Ayuntamiento; que, a pesar de ello, el acusado llevó a cabo la obra; y que la contravención, carece de la entidad necesaria para rebasar el ámbito administrativo.

En cuanto a , la sentencia reseña que fue denunciado por la Policía Local por ejecución de obras sin licencia (instalación de estructura de hierro a manera de porche adosada a la puerta de entrada a la vivienda), acordándose la paralización inmediata de la obra como medida cautelar, para terminar por señalar que tampoco se ha acreditado el impacto medio ambiental de tal obra, refiriéndose en apoyo de tal argumentación a una fotografía antigua obrante en autos, en la que se aprecia un porche, coincidente en ubicación y altura, con el construido.

Finalmente, de se dice en la sentencia que solicitó autorización para la realización de obras de saneamiento y conservación de una vivienda antigua así como la sustituir largueros de madera que presentaban carcoma y de la cubierta existente, siendo denunciado por la Policía Local, al haber incrementado la superficie mediante la construcción de una estructura metálica portante sobre muros de apoyo de elementos cerámicos resistentes, lo que llevó al Ayuntamiento a acordar como medida cautelar la suspensión inmediata de la citada obra. La juzgadora de instancia razona, sin embargo que, no ha quedado debidamente acreditado ese plus que exige el tipo penal ni el impacto medio ambiental sobre el espacio protegido.

A estos razonamientos el Ministerio Fiscal opone los anteriormente reseñados, señalando en esencia que los hechos declarados probados en la sentencia apelada reúnen todos los requisitos del delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 del Código Penal, ya que los cuatro fueron promotores de obras de construcción no autorizadas (salvo en el caso de que obtuvo irregularmente una licencia municipal) y tampoco autorizables, realizándolas en suelo que tiene la consideración de no urbanizable y goza de la máxima protección ecológica, por lo que solamente está permitido a los titulares de edificios antiguos fuera de ordenación las

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

actuaciones de conservación. Por otro lado, sostiene el Ministerio Fiscal que el único fundamente de la absolución, pese a concurrir todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, es la falta de prueba del impacto ambiental en el espacio protegido de las construcciones, cosa que no exige el tipo que es de mera actividad, estando previsto un subtipo agravado por el que no se ha acusado, el del art. 338 del Código Penal, que contempla la afectación a un espacio natural protegido.

Planteada la cuestión en los términos que acaban de expresarse, para su resolución hemos de partir de los requisitos del delito del art. 319.1 del Código Penal en la redacción vigente en el momento de los hechos. La STS 335/2009, de 6 de abril, con cita de las SSTS 1250/2001, de 26 de junio, y 690/2003, de 14 de mayo, señala los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director, que concurre en los dos hermanos acusados.

2º. Ha de realizarse una construcción.

3º. Ha de tratarse de una construcción no autorizada.

4º. Esa construcción no autorizada ha de tener lugar "en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección".

5º. Como en todos los delitos dolosos ha de concurrir dolo en cualquiera de sus clases: directo de primer grado o intención, o dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, o dolo eventual.

Por otro lado, también conviene hacer referencia al bien jurídico protegido y a la relación del delito con las infracciones administrativas que contemplan este tipo de conductas. La STS 529/2012, de 21 de junio, dice que el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. De ahí que la STS 363/2006 de 28.3 precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia, ha llevado al legislador a

AESTIMATIO ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística -un valor formal o meramente instrumental- sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de "utilización racional del medio orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general. Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución.

A lo anterior, la sentencia citada en último lugar añade que la necesidad de la normativa penal no parece cuestionable de una parte, la progresiva degradación del medio ambiente producida, entre otras razones, por una incumplida ordenación del territorio; y además, los postulados derivados de nuestra progresiva integración europea nos obliga a asumir la recomendación del Consejo de Europa, Comité Ministros de 25.1.84, que define los objetivos fundamentales de la ordenación del territorio: el desarrollo socio-económico equilibrado de las regiones; la mejoría de su calidad de vida, la gestión responsable de los recursos naturales y la protección del medio ambiente, y la utilización racional del territorio.

Y dice a continuación la mencionada sentencia que consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal.

Aunque no lo sujeta a la necesidad de prueba pericial o de otra clase, la STS 54/2012, de 7 de febrero, recoge entre los requisitos del delito que nos ocupa, como no podía ser de otro modo, la existencia de una afectación del bien jurídico protegido.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Examinando los hechos declarados probados bajo la perspectiva del tipo del art. 319.1 del Código Penal y de la interpretación jurisprudencial que acabamos de resumir, puede concluirse que las conductas de los acusados absueltos cumplen efectivamente con los requisitos objetivos, subjetivos y normativos de aquel: los acusados tenían la condición de promotores, llevaron a cabo construcciones, carecían de autorización o la obtenida era manifiestamente insuficiente y las actuaciones se llevaron a cabo en suelo considerado de especial protección.

No se contienen, sin embargo, en los hechos probados —que el recurrente acepta— todos los elementos necesarios para poder concluir que esas construcciones afectaron al bien jurídico protegido. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo exige esa afectación, lo que implica que la conducta, en este caso la construcción, debe tener la suficiente entidad para afectar —distinguiéndose cualitativamente de las infracciones administrativas paralelas— el objeto de protección de la norma penal, aunque no se exija que tal afectación deba ser acreditada de una manera determinada y pueda ser directamente inferida de la propia conducta infractora. A este respecto, en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada se contienen argumentos relativos a la preexistencia de las edificaciones, a su antigüedad y a la naturaleza de las actuaciones realizadas que resultan razonables y sirven para fundamentar la ausencia de antijuridicidad material. No puede olvidarse tampoco que, conforme a la jurisprudencia señalada en el fundamento jurídico segundo, todos los elementos configuradores del tipo deben estar presentes en la declaración de hechos probados.

Lo anteriormente expuesto impide acoger la pretensión impugnatoria en este apartado. Pero además el objeto de dicha pretensión, la condena de los acusados, resulta igualmente inalcanzable, a tenor de la jurisprudencia que se citó en el mismo fundamento jurídico segundo, sin la previa audiencia de estos en esta segunda instancia, cosa que ni ha sido solicitada ni está prevista en nuestro sistema procesal.

CUARTO.- El segundo grupo de infracciones abordadas en la sentencia apelada son delitos contra la ordenación del territorio del art. 319.2 del Código Penal, de los que se acusa a

En la sentencia del Juzgado de lo Penal, se absuelve a

tras declarar probado que, previa obtención de licencia para la reparación de la cubierta de una vivienda en la urbanización El Roble, catalogada como ilegal, cuyo suelo tenía la condición de no urbanizable, demolió el tejado, el forjado bajo cubierta y

AESTIMATIO
ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

la tabiquería interior, llevando a cabo la construcción de una nueva vivienda, a pesar de ser conocedor que el Ayuntamiento, en el curso de dicha obra, había decretado su suspensión y acordado el precinto.

También se absuelve a declarando probado que su esposo había solicitado licencia para la consolidación de la cubierta de una vivienda propiedad del matrimonio en la misma urbanización y que, sin llegar a obtenerla, había llevado a cabo la demolición del tejado de las construcciones adosadas, para luego elevar las fachadas y construir un nuevo tejado, chapando todas las fachadas en piedra.

En la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, tras citar jurisprudencia en la que se efectúa una interpretación restrictiva del término edificación contenido en el tipo, descartando actuaciones parciales de reparación, rehabilitación, ampliación o similares, se razona que la urbanización en que se desarrollan los hechos está catalogada como ilegal hasta que se tramite y ejecute el Plan de Ordenación de Núcleo de Población y que, según declaró en el juicio el técnico de la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid, el referido plan ya está aprobado y en la actualidad constituida la junta de compensación por parte de los propietarios afectados. Después de hacer referencia a diversas posturas jurisprudenciales sobre qué debe entenderse por no autorizable, la juzgadora de instancia se inclina por la que considera que, en supuestos de urbanizaciones ilegales consolidadas, fruto de la tolerancia administrativa, a las que es preciso dar una solución con objeto de adaptarlas a la legalidad, la tipicidad desaparece cuando la autorización es susceptible de materializarse en el futuro, lo que aplica al caso enjuiciado a la vista de lo avanzado de la ejecución del plan. Se destaca a este respecto en la sentencia que se trata de una zona donde hay muchas más edificaciones que figuran en el catastro como urbanas; que tienen servicios de luz, agua por los que se pagan tasas, y que no se puede afirmar que la catalogación del suelo como no urbanizable responda a la protección de intereses exigidos de especial protección.

La juzgadora de instancia argumenta que, dado que el bien jurídico protegido en el art. 319.2 del Código Penal no es la normativa urbanística en sí misma, sino el valor material de ordenación del territorio, el objeto y los fines de protección no se miden por la correspondencia entre edificación y condiciones de la licencia para edificar. También expresa que las desviaciones del marco de la autorización, o la falta de esta, cuando los hechos no afectan a espacios protegidos o de especial relevancia no pasan

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

necesariamente por la sanción penal, castigándose solamente, por lesionar el bien jurídico, las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que infringen de forma nuclear los fundamentos de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo. Tales acciones son, según la sentencia apelada, aquellas que la propia norma administrativa, aun partiendo de los estándares de interpretación más flexibles y favorables, no permite sanar o reducir a límites tolerables el grado de antijuricidad.

En definitiva, los hechos enjuiciados encuentran también acomodo, para la juzgadora de instancia, en al ámbito administrativo, donde considera que es perfectamente posible la restauración de la legalidad.

Además, en el caso específico de la juzgadora *a quo* viene a descartar la autoría al destacar que toda la documentación relativa a la vivienda, la solicitud de licencia, las resoluciones del Ayuntamiento y la denuncia formulada por la Policía Local, figuran a nombre de su esposo.

El Ministerio Fiscal alega que concurren todos los elementos del delito del art. 319.2 del Código Penal, ya que los acusados fueron los promotores de unas edificaciones en suelo no urbanizable en el momento de los hechos y tampoco en el del juicio y las edificaciones no son autorizables según art. 29 de la Ley del Suelo 9/01 de la Comunidad Autónoma de Madrid. El que en el momento del juicio se esté tramitando el Plan de Ordenación de Núcleo de Población que podría conducir a la legalización de las edificaciones existentes en la urbanización no afecta a la ilegalidad existente en el momento de los hechos dichas edificaciones eran totalmente ilegales. En contra de lo que se expresa en la sentencia apelada, el Ministerio Fiscal argumenta que el concepto de edificación sí está definido legalmente, en concreto en el art. 2 de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, en el que encajan las distintas obras imputadas en este apartado. Finalmente, destaca la prevalencia del principio de legalidad en la actuación jurisdiccional, ya que el principio de intervención mínima del Derecho Penal afecta al ámbito legislativo.

Planteada en estos términos la impugnación del Ministerio Fiscal, hemos de recordar que la conducta tipificada en el art. 319.2 del Código Penal, en la redacción vigente en el momento de los hechos, era llevar a cabo, por promotores, constructores o técnicos directores, una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable. Ello

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

contrasta con la redacción de dicho artículo tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en la que, junto a la edificación, se incluyeron en el tipo las obras de urbanización y construcción. Como señala la STS 54/2012, de 7 de febrero, remitiendo a la STS 1182/2006, de 29 de noviembre, debe tenerse en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo "construcción" como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y "edificación" en el 2º, mucho más restringido que el otro. Por lo tanto, con arreglo a tal criterio, es obligada la conclusión de que en la reforma de 2010 se amplió el ámbito de la conducta típica, extendiéndola a actuaciones de menor entidad y alcance que las hasta ese momento requeridas. Es cierto que, como dice el Ministerio Fiscal, hay un concepto legal de edificación en el art. 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. En dicho artículo, se considera edificación la acción y el resultado de construir un edificio de carácter permanente, público o privado, incluyendo, entre otros supuestos, las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiendo por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio. Ahora bien, el Tribunal Supremo, a propósito del concepto de promotor empleado en el art. 319.2 del texto punitivo, ha rechazado trasladar la citada ley al ámbito penal. Así la STS 676/2014, de 15 de octubre, con cita de la STS de 26 de junio de 2001, señala que la jurisprudencia ha dejado claro que no estamos ante un concepto ligado a categorías profesionales sino ante una noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas (más allá de que en la actualidad ese concepto pueda coincidir con la definición del art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación). En cualquier caso, el propio artículo 2 Ley de Ordenación de la Edificación exige para que esta se produzca, cuando de obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación se trata, que produzcan una variación esencial o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

Teniendo en cuenta ese menor alcance del ámbito típico existente en el momento de los hechos y también las restricciones que, en el caso de obras de ampliación, reforma o rehabilitación se contienen en la Ley de Ordenación de la Edificación, así como la interpretación restrictiva que necesariamente hemos de asumir en materia penal, junto con las exigencias del principio de lesividad, la absolución de los acusados

AESTIMATIO ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

en primera instancia puede ser perfectamente asumible, dado que las actuaciones de los acusados fueron efectivamente de reparación, rehabilitación o ampliación de viviendas preexistentes, sin que en los hechos probados de la sentencia, que no han sido objeto de impugnación, se contengan elementos suficientes para apreciar que tales actuaciones, a pesar de su condición de no autorizables conforme a la normativa urbanística existente en ese momento, un quebranto de la ordenación del territorio y, por lo tanto, tuviesen entidad suficiente para rebasar el marco administrativo y dar lugar al delito. A lo anterior se suma, para sustentar la confirmación de este apartado de la sentencia apelada, lo ya razonado respecto a la necesidad de oír a los acusados en esta segunda instancia y a la falta de solicitud de ello en el escrito de recurso, así como a la no existencia de previsión legal.

QUINTO.- La sentencia apelada contiene también un pronunciamiento absolutorio para , por el delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal, del que era acusado además del delito contra la ordenación del territorio al que ya hemos hecho referencia.

La absolución se produce tras declarar probado que este acusado realizó una serie de obras en su vivienda de El Roble, que excedieron la licencia obtenida para reparación de la cubierta, por lo que, tras las correspondiente denuncia de la Policía Local e informes técnicos de comprobación, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento decretó la inmediata suspensión de las obras, con los apercibimientos legales de proceder en caso de incumplimiento a su precinto y de incurrir en responsabilidad penal, suspensión notificada personalmente al acusado y a la que hizo caso omiso, ante lo cual la Junta de Gobierno acordó el precinto, llevándose este a cabo por la Policía Local, con entrega a la esposa de una copia del acta de ejecución en la que se apercibía de que la violación de dicho precinto daría lugar a responsabilidad penal por delito de desobediencia. También se declara probado que, desconociendo el precinto y las reiteradas advertencias, el acusado continuó las obras hasta su finalización.

En la fundamentación jurídica de la sentencia del Juzgado de lo Penal se argumenta que el delito del art. 556 del Código Penal exige una orden directa y expresa, no abstracta, dirigida al sujeto que debe obedecerla, cosa que no concurre en el caso de autos pues el acusado no estaba presente cuando la Policía Municipal ejecutó el precinto de la obra, siendo entregada la orden de suspensión a su esposa. Por esa razón, la

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

juzgadora de instancia concluye que faltó un requerimiento formal, personal y directo al acusado y ello impide apreciar el delito del art. 556 del Código Penal.

El Ministerio Fiscal efectúa su impugnación de este pronunciamiento absolutorio destacando que, según el relato de hechos probados, el acusado conocía directamente la orden de suspensión de las obras, con el correspondiente apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal si no la cumplía, y que conscientemente desobedeció la orden hasta el punto de vulnerar el precinto que materialmente había ejecutado la Policía Local y terminar la edificación nueva que estaba realizando.

Los elementos del delito de desobediencia del art. 556 del Código Penal, según la STS 8/2010, de 20 de enero, que cita las SSTS 285/2007 y 394/2007, son: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde.

Es cierto que, de acuerdo con la STS 1095/2009, de 6 de noviembre, citada por el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, frente a un exagerado rigor formalista, procedente de una lectura no del todo correcta de la doctrina precedente de esta Sala (STS de 10 de Diciembre de 2004, entre muchas otras), ha de advertirse que la desobediencia prevista en el artículo 556 lo que realmente ha de suponer es una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada aunque sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del delito, tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente este (vid., en este sentido, la STS de 1 de Diciembre de 2003, por ejemplo).

La sentencia apelada, aun declarando probado que el acusado desconoció el precinto y que, pese a su existencia, continuó con la ejecución de la obra, lo que en

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

definitiva implica que el acusado sabía que existía una prohibición, de la que era muestra el propio precinto, de llevar a cabo los trabajos, absuelve por entender incumplido el requisito de la notificación personal y directa al interesado. Asiste la razón al Ministerio Fiscal al entender que esta postura de la juzgadora de instancia supone una interpretación excesivamente rigorista del tipo del art. 556 del Código Penal y que, acreditado al margen de toda duda que el acusado conocía la orden de suspensión y probada también la violación de dicha orden, el tipo debería haber sido aplicado. Sin embargo, la condena en segunda instancia, como hemos venido repitiendo, exigiría la previa audiencia del acusado, trámite inexistente en nuestro sistema procesal y que tampoco ha sido interesado por el Ministerio Público. En consecuencia, también tenemos que confirmar este pronunciamiento.

SEXTO.- Nos ocupamos ahora de los delitos de prevaricación urbanística omisiva del art. 320.2, en relación con el art. 11, del Código Penal, y de prevaricación omisiva del art. 404, en relación con el art. 11, del mismo cuerpo legal, de los que alternativamente se acusa a Sigfredo Martín Minguela.

En la sentencia apelada se declara probado que el citado acusado, Alcalde del municipio hasta el 15 de junio de 2007, no tuvo conocimiento de una denuncia que se presentó por la Policía Municipal el 4 de mayo de 2007, relativa a la ejecución de obras sin licencia (en la fundamentación jurídica se aclara que eran las realizadas por la acusada) y que, tras la denuncia de fecha 30 de mayo de ese mismo año (en los fundamentos jurídicos se señala que se trataba de la licencia solicitada por el esposo de la acusada), de la que sí tuvo noticia, acordó requerir la presentación del correspondiente proyecto técnico.

En la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, después de citar la jurisprudencia relativa a los tipos de prevaricación anteriormente señalados, se hace alusión a la situación existente por el cambio de la corporación derivado de las elecciones municipales y a la escasez de personal, señalando que el mero retraso en tramitar la primera denuncia excede claramente del ámbito de aplicación del art. 320.2 del Código Penal, teniendo en cuenta que el acusado cesó un mes después de la presentación de aquella, por lo que la juzgadora de instancia señala que no hay base alguna para acusarle de ocultación, máxime cuando la solicitud del esposo de la acusada sí se tramitó, firmando el acusado en su último día como alcalde la resolución en la que se acordaba requerir la presentación del proyecto.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

El Ministerio Fiscal basa su impugnación en la consideración de que, frente a las denuncias, el equipo de gobierno del Ayuntamiento o bien no hacía nada o bien dictaba orden de suspensión sin reaccionar ante su incumplimiento, habiendo acordado el precinto solamente en un caso, pero sin ordenar la demolición ante su violación. Señala el Ministerio Público que no es de recibo el argumento del escaso personal, pues pese a esa escasez constan múltiples denuncias de los agentes de la Policía Municipal, que sí cumplían con su obligación, y tampoco había problemas de secretaría, dado que las órdenes de suspensión que se recogen en los hechos probados contenían todas las advertencias legales. Por tanto, es evidente para el Ministerio Público que los acusados sabían que, si no se cumplía la orden de suspensión, había que acordar el precinto y que si no se legalizaban las obras había que acordar la demolición. Tampoco se entiende, se apunta en el recurso, que pudieran dictar dichas complejas órdenes y no una sencilla orden de demolición, única salida legal ante la no legalización de las obras. La remisión ocasional que se hacía de algunas denuncias a Disciplina Ambiental de la CAM no puede excusar al Ayuntamiento de ejecutar sus obligaciones esenciales en materia de disciplina urbanística. Finalmente, se destaca la gravedad de tolerar por vía de omisión las construcciones y edificaciones ilegales, permitiendo su consolidación, una vez prescrita la acción administrativa.

La resolución de las cuestiones planteadas puede comenzar con la referencia a la STS 497/2012, de 4 de junio, según la cual el artículo 320.2 del Código Penal, en su redacción aplicable a los hechos aquí enjuiciados, sancionaba a la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, hubiere resuelto o votado a favor de la concesión de proyectos de edificación o de licencias contrariamente a las normas urbanísticas vigentes, a sabiendas de su injusticia.

Como se encargan de recordarnos las SSTS núm. 663/2005, de 23 de mayo, y 363/2006, de 28 de marzo, por poner algunos ejemplos, tal delito no es sino una especialidad del más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues, al igual que este, protege el correcto ejercicio del poder público, que en un estado de derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni siquiera bajo el pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos. Por el contrario, debe ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se

AESTIMATIO ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

ciña al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Siendo lo característico de toda prevaricación que la resolución dictada sea «arbitraria» -término que sustituye al anterior de «injusta», que había sido entendido como algo más que meramente ilegal o de posible corrección en el propio proceso administrativo o por vía de recurso-, el actual concepto penal afecta exclusivamente a la injusticia clara y manifiesta, con verdadero y patente torcimiento del derecho por su total contradicción con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Así, como sigue señalando la STS núm. 663/2005, no habrá delito si existen dudas razonables sobre la injusticia de la resolución o si se trata de una cuestión sujeta a interpretación doctrinal o jurisprudencial, pues "en tales casos desaparecería el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en la vía correspondiente, y nunca en la penal. En todo caso, en el delito de prevaricación urbanística que nos ocupa la injusticia de la resolución debe venir de la vulneración de la legalidad urbanística aplicable al caso, ya sean unas normas subsidiarias, ya normas con rango de Ley, y ya en cuanto al fondo de la resolución, ya en cuanto a la competencia o el procedimiento, pues todas ellas constituyen el derecho urbanístico aplicable".

Interpretando qué debe entenderse por esta infracción de la legalidad urbanística que se adentra en el ámbito penal, aclara la ya citada STS núm. 363/2005, remitiéndose para ello a la STS núm. 766/99, de 18 de mayo, que el control de la legalidad de los actos emanados de órganos de la administración pública corresponde a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que no debe confundirse con el enjuiciamiento por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal de las personas que, ocupando y desempeñando funciones propias de órganos de la administración, incurran en conductas que revistan los caracteres de delito. Estos jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el art. 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el art. 117.3 CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que proclama el art. 9.1 CE. No se trata, por lo tanto, de ejercer un control sobre la administración pública, sino sencillamente de declarar

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

cuándo procede ejercer el «ius puniendi» del estado contra la persona -autoridad o funcionario- que se ha desviado de la legalidad con su comportamiento, realizando un hecho penalmente típico.

En el caso del art. 320 CP, nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza (la normativa urbanística), lo que implica algunas diferencias. Así, mientras que la modalidad genérica del art. 404 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. En ambos casos, el contenido de la acción es similar, pues la arbitrariedad es una forma de injusticia. De ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial la jurisprudencia de esta Sala sobre la genérica (SSTS núm. 331/2003, 1658/2003 ó 1015/2002), bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuricidad material, aplicando, en su caso, los criterios de proporcionalidad, insignificancia e intervención mínima cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado. La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que al derecho penal le corresponde un papel inferior o meramente auxiliar respecto del derecho administrativo: ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico, conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el derecho penal para las infracciones más graves.

La acción típica consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, lo que, según reiterada jurisprudencia, puede manifestarse en su dictado sin tener la competencia legalmente exigida, en la falta de respeto a las normas esenciales de procedimiento, en la contravención en su fondo de lo dispuesto en la legislación vigente, en una desviación de poder, etc. (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). También puede apreciarse en casos de total ausencia de fundamento, de omisión de trámites esenciales del procedimiento, de patente extralimitación de la legalidad o de abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio hacia los intereses generales (SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero).

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

Pero no es suficiente la mera ilegalidad o contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los tribunales del orden contencioso-administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última «ratio», por lo que este último solamente se ocupará de sancionar las más graves vulneraciones de la legalidad, es decir, conductas que superan la mera contradicción con la ley para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger. Ello lleva a distinguir entre las meras ilegalidades administrativas (aunque en ocasiones sean tan graves que provoquen su nulidad de pleno derecho) y las ilegalidades que, superando el ámbito administrativo, comportan la comisión de un delito.

Aun en supuestos de grave infracción del derecho aplicable, no pueden identificarse, sin más, los conceptos de nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contempla como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. Ello revela que, para el legislador, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo). No basta, pues, con la contradicción con el derecho: para que una acción pueda ser calificada como delictiva será preciso ese «plus», concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución «injusta» y/o «arbitraria», términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

En este sentido, una muy consolidada jurisprudencia, incluso anterior al Código Penal vigente, viene poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Otras sentencias de esta Sala, sin abandonar las tesis objetivas, ponen el acento en el ejercicio arbitrario del poder colocado en manos de la autoridad o funcionario público (art. 9.3 CE), como cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, sino mero producto de su voluntad, convertida

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS núm. 766/1999, de 18 mayo, y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre); también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla-, en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), en la insostenibilidad de la resolución mediante los cánones interpretativos admitidos (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre, y núm. 76/2002, de 25 de enero), en la falta de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo). Cuando esto sucede, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa en derecho, orientado al funcionamiento de la administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Además, es necesario que el autor actúe «a sabiendas» de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el art. 404 CP -y, por su expresa conexión, del art. 320 CP- cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere ese resultado, anteponiendo el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

En conclusión, serán requisitos de este delito: 1) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4) que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5) que la resolución se

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

dicte con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Aunque ya se han hecho anteriores referencias a ello, conviene, por último, insistir en que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen como función alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre). El procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales, de orden de la administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. El procedimiento tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y otra de mayor trascendencia dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (arts. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992).

Sin embargo, no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. Así, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. El art. 63.2 de la Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las ya citadas SSTS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre, o núm. 76/2002, de 25 de enero, no se refieren a la omisión de cualquier trámite, sino de los esenciales del procedimiento.

Otra cosa ocurrirá cuando el hecho de omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su irregular forma de proceder elimina los mecanismos establecidos precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

AESTIMATIO ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

El examen de los hechos declarados probados a la luz de la doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse y de la interpretación que en ella se contiene de los tipos penales objeto de este apartado del recurso del Ministerio Fiscal obliga a desestimar la impugnación, puesto que, tal y como se destaca por la juzgadora de instancia en su sentencia, el acusado cesó en su cargo de Alcalde apenas un mes después de las denuncias que motivan la acusación de prevaricación por falta de actuación, existiendo en esas fechas una situación especial al producirse el cambio de corporación como consecuencia de las elecciones municipales. Aun así, en uno de los casos consta acreditado que el acusado actuó en materia urbanística, requiriendo la presentación de un proyecto técnico. Todas esas circunstancias impiden apreciar una omisión equivalente a la deliberada arbitrariedad y frontal contradicción con la legalidad que los tipos penales invocados por el Ministerio Fiscal requieren, relegando en su caso los hechos al ámbito administrativo, por lo que el pronunciamiento absolutorio ha de ser igualmente ratificado en esta segunda instancia.

SÉPTIMO.- El siguiente apartado de la apelación se centra en el delito continuado de prevaricación urbanística del art. 320.2, en relación con los arts. 11 y 74, del Código Penal, y el delito continuado de prevaricación omisiva del art. 404, en relación con los arts. 11 y 74, del mismo cuerpo legal, de los que alternativamente se acusa a

Se declara probado en la sentencia apelada que dichos acusados (alcalde el primero, primer teniente de alcalde el segundo y tenientes de alcalde los otros dos) miembros de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento a partir del 16 de julio de 2007, tuvieron conocimiento de la denuncia por las obras realizadas en la vivienda de la acusada y no actuaron, permitiendo con su pasividad la terminación de aquellas; conocieron la realización de obras amparadas por una licencia insuficiente en otra vivienda sita en El Roble, y se limitaron a trasladarla a la Dirección General de Promoción y Disciplina Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de Comunidad Autónoma de Madrid; acordaron conceder al acusado la licencia solicitada para su finca en Collado de la Tejera, pese al informe técnico-urbanístico negativo; tuvieron conocimiento de una denuncia por la instalación sin licencia de una casa de madera prefabricada sobre una cimentación preexistente, en la calle suelo no urbanizable de protección

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

ecológica, y, pese a que las obras no fueron legalizadas en el plazo concedido, no acordaron ni ejecutaron la demolición, que tampoco fue ordenada por la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Comunidad de Madrid; y supieron de la denuncia las obras promovidas sin licencia por el acusado y, ante la vulneración del precinto acordado, ordenaron el corte de suministro eléctrico e impusieron una sanción pecuniaria, pero no acordaron la demolición de las obras.

En la fundamentación jurídica se señala que no puede hablarse de torcimiento patente del derecho por parte de la Corporación Municipal, pues los acusados entendían que con el traslado de la mayor parte de las denuncias a la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid era suficiente, habiendo incoado incluso dicha Consejería en el caso de la finca de la calle , un expediente que concluyó con la imposición de una multa y concesión al promotor de un plazo para la legalización, con apercibimiento de demolición, sin que posteriormente se adoptara medida alguna, pese a lo cual no se ha tachado de prevaricadora la omisión del citado organismo. Se destaca, por otro lado, la carencia de medios personales y técnicos existentes para llevar a cabo las demoliciones, para concluir que la ilegalidad de la no actuación no implica el plus de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del Derecho Penal.

El Ministerio Fiscal impugna la absolución, señalando que se da el delito de prevaricación urbanística activa imputada, por concesión de licencia al acusado dentro una zona de máxima protección y que igualmente concurre el delito del art. 320.2 del Código Penal, ya que la licencia se expidió en contra de la normativa urbanística, que solamente permitía obras de pura conservación como se advertía en el informe técnico contrario, dándose además dicha licencia sin obtener la previa calificación urbanística. Por todo ello, se estima por el recurrente que la decisión fue adoptada por la Junta de Gobierno con conocimiento de su ilegalidad y sustituyendo conscientemente la normativa urbanística por su libre arbitrio.

Los hechos declarados probados en la sentencia apelada se limitan a la concesión de una licencia no sustentada por la normativa urbanística, a la omisión de actuación en un caso de trasgresión de dicha legalidad y a la realización de actuaciones parciales frente a otras tres vulneraciones. La coexistencia en este ámbito de infracciones penales y administrativas (por ejemplo, la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, contempla en su art. 205 como tal el otorgamiento

AESTIMATIO ABOGADOS
C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

de licencias sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable) obliga a reservar el Derecho Penal a los supuestos más graves desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico protegido. Así la STC 24/04 de 24.2 recuerda la necesidad de atender en la interpretación de las figuras delictivas a los principios generales limitadores del *ius puniendi*, que excluyen la existencia de ilícitos penales meramente formales que penalicen el incumplimiento de un mandato administrativo; es necesario atender en todo caso al bien jurídico frente a conductas que revelen una especialidad potencialidad lesiva para el mismo. En virtud del carácter de *ultima ratio*, que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, solo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas mas graves e intolerables, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.

Bajo esta perspectiva, el mantenimiento de los hechos en el área administrativa debe ser ratificado. Como se razona en otros apartados de la sentencia apelada, salvo en un caso, el de la casa de madera, las actuaciones se realizaron sobre edificaciones preexistentes desde hace muchos años, actualmente en proceso de adaptación a la legalidad urbanística y no se ha acreditado que ninguna de ellas tuviese suficiente entidad para afectar la ordenación del territorio, bien jurídico protegido por las infracciones que nos ocupan. Esto resulta especialmente claro en el supuesto de la licencia otorgada a (único supuesto en el que se centra la pretensión impugnatoria del Ministerio Fiscal), pues el chapado en piedra conlleva un mero cambio estético, sin incidencia alguna en el volumen de la edificación. Por otro lado, en la mayoría de los casos, se llevaron a cabo actuaciones dirigidas a la restauración de la legalidad urbanística. El hecho de realizarlas, pese a su insuficiencia, no alcanza el grado de intensidad de la contradicción entre la actuación del funcionario (o la falta de ella) y el ordenamiento jurídico que el delito de prevaricación precisa. Solamente podríamos plantearnos ese nivel infractor en el supuesto de falta absoluta de actividad de los miembros de la junta de gobierno después de recibir la denuncia. Sin embargo, la condena de los acusados tropezaría en esta segunda instancia con los obstáculos anteriormente señalados, derivados de la jurisprudencia ya citada sobre la revocación de sentencias absolutorias en segunda instancia, que exige la audiencia de los acusados e incluso la práctica de otras pruebas, en un trámite que no ha sido solicitado por la parte apelante y carece de previsión legal en el recurso de apelación que ahora se sustancia.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

OCTAVO.- Finalmente, hemos de hacer referencia al delito de omisión del deber de perseguir delitos del art. 408 del Código Penal, del que se acusa a , y del mismo delito, pero en la modalidad de continuado, por el que se acusa a a , a y a .

Los hechos probados relativos a estas infracciones son los ya reflejados en el fundamento jurídico sexto en cuanto al acusado y en el fundamento séptimo en cuanto a los demás acusados.

En la fundamentación jurídica de la sentencia apelada se razona la procedencia de la absolución de todos ellos expresando que, si los hechos que debían perseguirse no se consideran constitutivos de delito sino meras infracciones administrativas, no cabe el delito del art. 408 del Código Penal.

Frente a ello, el Ministerio Fiscal aduce que la propia orden de suspensión advertía de que en caso de incumplimiento se incurriría en delito de desobediencia según prevé el art. 193 de la Ley del Suelo, por lo que es evidente que la omisión por el gobierno municipal de su obligación de denunciar dicha desobediencia entra en el art. 408 del Código Penal, y también la omisión del deber de denunciar las construcciones y edificaciones ilegales en suelo no urbanizable como delitos urbanísticos, de acuerdo con el art. 42 del Decreto Legislativo 2/2008 de 20 dc junio, así como con la obligación genérica de denunciar del art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como señala la STS 342/2009, de 2 de abril, el citado delito es de omisión pura, el sujeto activo debe tener conocimiento de la posible comisión de un delito, bastando al respecto unos razonables indicios -STS 330/2006-, tratándose de un delito de quebrantamiento de un deber. Y la STS 17/2005, de 3 de febrero, recuerda que, tratándose de un delito de pura omisión, la conducta típica consiste en no hacer aquello a lo que se está obligado desde el momento en que se recibe la "*notitia criminis*". Y que el tipo subjetivo se integra con dos componentes: el conocimiento de la existencia de una acción presuntamente delictiva, sea cual fuera la forma en que esa noticia se recibe, y la intencionalidad como configuración específica del dolo.

Conforme a lo anteriormente expuesto, no es necesaria una absoluta certeza de la existencia de una conducta delictiva, para que surja la obligación del funcionario público de promover la persecución. Basta el conocimiento de unos indicios razonables.

AESTIMATIO ABOGADOS C/ Ríos Rosas, 54, Esc. A 4º Dcha. 28003 Madrid Tlf. 91 451 99 00 Fax 91 441 96 31
info@aestimatioabogados.com www.aestimatioabogados.com

En el presente caso, si bien cabe plantearse la naturaleza delictiva de alguna de las construcciones o edificaciones realizadas por los particulares, la juzgadora de instancia estima que encajan en el ámbito de las infracciones administrativas, tras una valoración que para este Tribunal resulta asumible. En consecuencia, la omisión de la persecución de tales acciones por vía penal resulta perfectamente congruente con la realización en su día de una valoración análoga por parte de los funcionarios, lo que a su vez también excluye la consideración como delictiva, vía artículo 408 del Código Penal, de la omisión atribuida a estos últimos.

NOVENO.- No existiendo motivos para su imposición expresa, procede declarar de oficio las costas de esta segunda instancia.

FALLAMOS

Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 24 de Madrid, confirmamos íntegramente dicha resolución.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

Póngase esta resolución, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, en conocimiento de las partes personadas y devuélvase la causa al Juzgado de su procedencia, con testimonio de lo acordado.