



Roj: **SAP M 18091/2017 - ECLI: ES:APM:2017:18091**

Id Cendoj: **28079370022017100745**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **1547/2017**

Nº de Resolución: **791/2017**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CARIDAD HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18091/2017,**
AAAP M 306/2018,
AAAP M 512/2018

Sección nº 02 de la Audiencia Provincial de Madrid

C/ de Santiago de Compostela, 96 , Planta 4 - 28035

Teléfono: 914934540,914933800

Fax: 914934539

GRUPO TRABAJO: CONS

37051540

N.I.G.: 28.079.00.1-2016/0035011

Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1547/2017

Origen :Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid

Procedimiento Abreviado 66/2016

Apelante: D. Secundino y D. Jesús María

Procurador Dña. YOLANDA PULGAR JIMENO

Letrado D./Dña. RAQUEL MARINA BENITO

Apelado: MINISTERIO FISCAL - Secundino

SENTENCIA N° 791/2017

ILMAS. SRAS. MAGISTRADAS DE LA SECCION SEGUNDA

Dª. CARMEN COMPAIRED PLÓ (Presidenta)

Dª. MARÍA DEL ROSARIO ESTEBAN MEILAN

Dª. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA (Ponente)

En Madrid, a trece de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTAS, en segunda instancia, ante la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial de Madrid, las presentes Diligencias seguidas por los trámites del procedimiento abreviado, en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Dª. Yolanda Pulgar Jimeno, en nombre y representación, de D. Secundino y D. Jesús María y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado



de lo Penal nº 20 de Madrid, de fecha 31 de julio de 2017, recursos que fueron impugnados, respectivamente, por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal ante indicada.

VISTO, siendo Ponente la Magistrada de la Sección, Ilma. Sra. D^ª. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, en fecha 31 de julio de 2017 se dictó sentencia, siendo su relación de **hechos probados** como sigue:

" Resulta probado y expresamente así se declara que los acusados, D. Secundino, con D.N.I. nº NUM000, y su nieto, D. Jesús María, con DNI nº NUM001, mayores de edad y sin antecedentes penales, respectivamente, como propietario y poseedor de la finca que a continuación se dirá, entre los años 2009 y 2011, sin haber recabado previa calificación urbanística, ni licencia municipal, ni autorización del Patronato del parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares ni de Área de Vías pecuarias de la Comunidad Autónoma de Madrid que les habilitasen para hacerlo, promovieron y ejecutaron en las coordenadas geográficas (U.T.M.) NUM002 e NUM003 la construcción de una edificación de nueva planta con destino a vivienda de unos 75 m² de superficie, ampliatoria de un pequeño almacén de unos 25 m² de superficie, que previamente habían construido en ese lugar en fecha no determinada comprendida entre 2001 y 2004, en la finca conocida como " DIRECCION000", sita en la parcela nº NUM004 del Polígono nº NUM005 del término municipal de El Boalo, sobre suelo clasificado como no urbanizable de protección e incluido en la zona (A2) de Reserva Natural Educativa del parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, resultando de tales obras una edificación de unos 100 m², aproximadamente, que, además, ha invadido parcialmente terreno afecto al llamado "Descansadero-abrevadero del Salegar en la Solanilla", vía pecuaria de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Dicha obra no es autorizable pues su acomodación a la legalidad requeriría necesariamente la modificación de los artículos 14, apartado 2º, y 16, apartado 2º de la Ley 1/1985, de 23 de enero, de la Comunidad de Madrid, reguladora del mencionado Parque Regional, y de la legislación de vías pecuarias de la Comunidad de Madrid"

Siendo su **fallo** del tenor literal siguiente:

" Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a D. Secundino y D. Jesús María como autores penalmente responsables de un delito de usurpación inmobiliaria en concurso ideal con un delito contra la ordenación del territorio, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, a las siguientes penas, a cada uno:

Por el primer delito:

Multa de un mes y dieciséis días con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas.

Por el segundo delito:

Prisión de nueve meses con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena,

Multa de quince meses, con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e

Inhabilitación especial para las actividades de promoción y construcción inmobiliaria por tiempo de nueve meses.

Así como al pago por mitad de la costas procesales causadas.

Procede acordar la demolición de las citadas obras a cargo de los acusados, con restauración del suelo.

Los acusados solidariamente se harán cargo de la demolición de las obras de construcción de la edificación mencionada en los hechos probados y, subsidiariamente, de no realizar voluntariamente dicha demolición, solidariamente se harán cargo de los costes de demolición, que deberá ejecutarse por la Comunidad Autónoma de Madrid a su costa."

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpusieron, en tiempo y forma, recursos de apelación por la Procuradora D^ª. Yolanda Pulgar Jimeno, en nombre y representación, de D. Secundino y D. Jesús María y por el Ministerio Fiscal. Admitidos los recursos, se dio traslado de los mismos a las demás partes personadas, remitiéndose las actuaciones ante esta Audiencia Provincial.



TERCERO. - En fecha 24 de octubre de 2017, tuvieron entrada en esta Sección Segunda los precedentes recursos, formándose el correspondiente rollo de apelación y se señaló fecha para deliberación y resolución del recurso.

CUARTO .- SE ACEPTAN los hechos probados de la sentencia recurrida.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- En el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D^a. Yolanda Pulgar Jimeno, en nombre y representación, de D. Secundino y D. Jesús María , se invoca en primer lugar la existencia de una incongruencia omisiva en relación con la parte de obra que, en su caso, habría que demoler y por no existir pronunciamiento sobre la prescripción alegada por la parte recurrente, ya que por el Magistrado-Juez se manifestó que sería resuelta en la sentencia sin existir pronunciamiento al respecto, añadiendo que también esta parte al inicio del juicio oral propuso la práctica de dos declaraciones testificales que a pesar de la falta de oposición del Ministerio Fiscal no fueron admitidas.

El desarrollo argumental del recurso se centra en señalar que en relación con el delito sobre la ordenación del territorio, como quiera que la discutida construcción ya existía en el año 2009 el delito estaría prescrito al ser aplicable un plazo de tres años por tratarse de un delito menos grave, explicando que la dificultad estriba en orden a la naturaleza del delito imputable y el momento de su perfección bien cuando la acción se ejecuta o se omite o cuando se produce el resultado; a continuación se aborda el delito de usurpación inmobiliaria objeto de condena señalando que en el auto de continuación de procedimiento abreviado de 6.3.2015 no se hace mención ni se preguntó a los ahora condenados respecto de esa usurpación inmobiliaria y que es por primera vez en la calificación provisional del Ministerio Fiscal cuando se introduce este tipo penal, considerando los recurrentes que es un delito leve y está prescrito sin ser además objeto de investigación en la fase de instrucción, aparte de no haberse probado su comisión, sin que tan siquiera en el juicio oral se formulara pregunta alguna a los acusados por este delito lo que supone una clara indefensión, insistiendo en que este delito no se ha probado porque no se está invadiendo ninguna vía pecuaria.

En relación con el delito sobre la ordenación del territorio objeto de condena se pone de manifiesto en el escrito de recurso que no se han tenido en cuenta las manifestaciones de los acusados ni de un testigo sobre la existencia de una nave de ochenta metros cuadrados en el año 2004 a raíz de expedir la cartilla ganadera para la explotación registrada en el registro de explotaciones ganaderas, existiendo un error en la valoración de la prueba que atenta contra el derecho a la presunción de inocencia; en todo caso la parte recurrente considera que también se ha producido una interpretación errónea de la Ley 1/1985, de 23 de enero de la Comunidad de Madrid reguladora del Parque Regional de la Cuenca Alta del Río Manzanares omitiendo el apartado tercero del artículo 14 que permite las construcciones para actividades ganaderas y sin tener tampoco en cuenta el artículo 16.2 de dicha ley que permite edificaciones permanentes con autorización del Patronato; también se remite a los artículos 14 y 16 de la Ley citada y el artículo 13.2, además de la aplicación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid , artículo 28 que regula los derechos y deberes de la propiedad en suelo no urbanizable de protección, reiterando el error en la valoración de la prueba practicada y la necesidad de aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal.

En cuanto al fondo del asunto, se señala que la reconstrucción de la edificación se produce por los efectos del viento al volar el tejado al menos en dos ocasiones, remarcando la deficiencia y poca fiabilidad de las fotografías obrantes en los autos debiendo tener en cuenta sin embargo el resultado del acta de inspección realizada en 2004 cuando se hacía referencia a la existencia de una nave de ochenta metros cuadrados; insistiendo en el carácter de autorizable de la construcción por parte del Patronato y que para este delito ha de tratarse de construcción no autorizada y además no autorizable.

Por último se indica en el escrito de recurso que la sentencia no especifica qué parte de la obra debería demolerse y su localización exacta en el conjunto de la nave, falta de concreción que supone una clara indefensión para los acusados al haber sido condenados a más de lo solicitado por la acusación del Ministerio Fiscal que solicitó la demolición de una parte de la obra; además solicita la parte recurrente que se reduzca el importe y período de la cuota multa; se termina el escrito solicitando la revocación de la sentencia con absolución de los recurrentes de los dos delitos objeto de condena o, subsidiariamente la disminución de la cuota diaria de multa y el período, aclarando los metros cuadrados que se han de demoler de la edificación.

SEGUNDO .- En el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal se invoca infracción de ley por indebida aplicación de los artículos 21.6 y 66.1.2^a del Código Penal considerando que no procede aplicar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y menos aún como circunstancia atenuante muy cualificada; a estos efectos se argumenta que la única fecha relevante a tener en cuenta es la del auto de incoación del procedimiento judicial, independientemente de la actividad preprocesal de investigación llevada a cabo



por la Fiscalía y por los agentes de la autoridad con anterioridad; además, se puso de manifiesto por el Ministerio Fiscal que si bien la instrucción de la causa no revistió especial complejidad sin embargo hay que tener en cuenta que fueron dos los investigados y que en cuanto a Jesús María a pesar de haberse acordado su declaración en el auto de incoación no fue posible su práctica hasta septiembre de 2013 por causas a él únicamente imputables habiéndose recibido declaración judicial a su abuelo como investigado, Secundino el 3 de julio de 2014 como consecuencia de la declaración del primero; además, debe tenerse en cuenta que eran dos los delitos a investigar y en particular el delito de usurpación inmobiliaria que exigió la práctica de una diligencia esencial adicional consistente en recabar informe del Subdirector General de Recursos Agrarios de la Comunidad de Madrid; a continuación se indica en el escrito de recurso que en ningún momento estuvo paralizada la tramitación procesal de la causa por tiempo superior a siete meses y que en una ocasión se suspendió el juicio a petición de los acusados juicio que se acabó celebrando en el tercer señalamiento, circunstancias todas que no se corresponden con la jurisprudencia existente para apreciar como muy cualificada la atenuante de dilaciones indebidas.

En segundo lugar el Ministerio Fiscal recurre la sentencia dictada invocando infracción de ley por indebida especificación de la pena en aplicación de los artículos 21.6, 66.1.2ª y 70.1. del Código Penal en relación con los artículos 338 en relación con el artículo 319.1 del Código Penal; a estos efectos se argumenta que aún en el improbable supuesto de estimarse como muy cualificada la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, el juzgador ha especificado las penas a imponer por el delito contra la ordenación del territorio sin respetar la especificación legal de la pena a la vista de los razonamientos hechos en el fundamento de derecho quinto dado que la pena superior en grado del subtipo agravado del artículo 338 en relación con el artículo 319.1 del Código Penal en la redacción anterior a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, son las de prisión de tres a cuatro años y seis meses, multa de veinticuatro a treinta y seis meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres a cuatro años y seis meses, de modo que la rebaja en un grado de la pena que razona el juzgador en atención al artículo 70.1 del Código Penal determinaría una pena de prisión mínimo de un año y seis meses y máxima de tres años, una pena de multa mínima de doce meses y máxima de veinticuatro meses, y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio mínima de un año y seis meses y máxima de tres años, pese a lo cual el juzgador ha especificado la prisión a imponer y las inhabilitaciones en solo nueve meses; se termina el escrito solicitando la revocación de la sentencia en los términos solicitados con imposición de una pena de prisión no inferior a un año y seis meses e inhabilitaciones por tiempo no inferior al mencionado.

TERCERO .- Por razones de coherencia procesal, en primer lugar se va a examinar el motivo de recurso vinculado al delito de usurpación inmobiliaria, dado que la parte recurrente invoca que durante la fase de instrucción no fueron interrogados sobre los hechos vinculados a este delito y en el auto de procedimiento abreviado de 6.3.2015 no se hace mención a dicho delito apareciendo por primera vez en el escrito de calificación del Ministerio Fiscal.

Examinadas las actuaciones se comprueba que, efectivamente, las diligencias previas 583/2013 tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de Colmenar Viejo, se inician en virtud de denuncia de la Fiscalía Provincial de Madrid, Sección de Mediante Ambiente una vez terminadas las diligencia de investigación 387/2012 incoadas en dicha Fiscalía; en dicha denuncia tras relatar los hechos cometidos entre los años 2009 y 2011 vinculados a la construcción de una nueva edificación en suelo no urbanizable de protección dentro de los límites del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, zona A2 de reserva natural educativa, se considera que los mismos revisten los caracteres de un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 y 338 del Código Penal; ni el relato de hechos ni en la provisional calificación jurídica de estos hechos, se menciona la posible ocupación parcial de una vía pecuaria en relación al artículo 245 del Código Penal.

Una vez incoadas las diligencias previas 583/2013, se recibió contestación de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, folios 136 y siguientes, adjuntando informe de fecha 7 de junio de 2013, en el que ya se hacía constar que la edificación se encontraba en terrenos situados en vías pecuarias: Descansadero-Abrevadero del Salegar en la Solanilla y Colada de Mataelpino a Manzanares, concluyendo, entre otras cuestiones que, la edificación existente en la parcela parece encontrarse en la vía pecuaria antes señalada y que por tanto, se considera que esta edificación es ilegal dado que no se puede edificar en ese terreno.

Por otro lado, cuando declaran los ahora recurrentes como investigados en el Juzgado de Instrucción, los días 10 de septiembre de 2013 y 3 de julio de 2014, no consta que se formulara pregunta alguna en relación a esa posible invasión de la vía pecuaria, folios 147-148 y 221-222.

Posteriormente mediante informe del Ministerio Fiscal de fecha 5 de enero de 2015, folios 224-225, se interesa la práctica de diligencias y, en particular recabar informe del Área de Vías Pecuarias de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid, sobre afectación de las obras denunciadas a la vía pecuaria conocida como "descansadero-abrevadero del Salegar en la Solanilla" y, en particular, si el edificio construido ocupa total o parcialmente dicha vía pecuaria, informe emitido con fecha 9



de febrero, folio 232 en el que se señala que las obras referenciadas se encuentran ocupando parcialmente terrenos de la vía pecuaria "Descansadero abrevadero del Salegar en la Solanilla" y, a continuación se dicta auto de 6 de marzo de 2015 acordando la acomodación de la tramitación de las diligencias previas a las normas del procedimiento abreviado, auto que omite relato de hechos y exclusivamente contiene que de lo actuado los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de un presunto delito contra la ordenación del territorio imputado a los ahora recurrentes, dando traslado a las acusaciones para formular, en su caso, escrito de acusación, presentando a tal efecto el Ministerio Fiscal escrito de conclusiones provisionales en cuyo relato de hechos ya se incorpora, además de la nueva construcción en suelo no urbanizable de protección incluido en la zona A2 de Reserva Natural Educativa del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, que esta edificación ha invadido parcialmente terreno afecto al llamado "Descansadero-abrevadero del Salegar en la Solanilla" vía pecuaria de la Comunidad Autónoma de Madrid, calificando los hechos como susceptibles de integrar un delito de usurpación inmobiliaria del artículo 245.2 del Código Penal y un delito contra la ordenación del territorio de los artículos 319.1 y 3 y 338 del Código Penal .

Partiendo de los motivos de recurso y del curso procesal de las diligencias previas según se acaba de detallar precedentemente, en primer lugar hay que señalar que el objeto de enjuiciamiento en el proceso penal se va perfilando progresivamente a través de distintas actuaciones procesales.

En el proceso ordinario los hitos básicos son procesamiento, apertura del juicio oral, escritos de calificación provisional y conclusiones definitivas; para que unos hechos punibles concretos, pasen a ser objeto definitivo del proceso y puedan ser enjuiciados necesitan atravesar todos esos tamices: en principio, la calificación provisional no podrá incorporar hechos no contenidos en el procesamiento, o hechos que no hayan sido objeto de investigación en la fase de instrucción. De esa forma se salvaguarda el derecho de defensa no sólo en los últimos estadios del proceso, sino también en todo su desarrollo, sin privar al acusado de los mecanismos de defensa de que dispone en la fase de instrucción (proposición de pruebas; impugnación del procesamiento) encaminados a evitar la apertura del juicio oral. Hay que puntualizar y esto repercute en alguna medida en el asunto ahora analizado, que en la jurisprudencia la función del procesamiento como delimitador del objeto del proceso penal, ha sido muy diluida: SSTs de 12 de junio de 1990 , 20 de mayo de 1991 , o 30 de junio de 1992 , 25/2005, de 25 de enero y 1070/2004 de 24 de septiembre. En esta última se minimiza la omisión de un delito en el procesamiento, considerando que ello no produjo indefensión alguna a la defensa que conoció la imputación de dicho delito desde el inicio de la actuación sumarial y luego enmarcada en el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal.

En el ámbito del procedimiento abreviado, antes de la modificación introducida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre no existía ninguna expresa resolución judicial de imputación que sirviera para concretar judicialmente el objeto del proceso. Esa carencia fue sustituida en la jurisprudencia constitucional por la declaración como imputado, hoy investigado. Sin la previa adquisición del status de imputado, a través de la citación y declaración en tal calidad, no era procesalmente viable la acusación. Subjetiva (imputado) y objetivamente (hechos objeto de interrogatorio) se fijaba así en la fase de instrucción el thema decidendi del proceso. Esa delimitación habría de pasar luego otros dos filtros: el escrito de acusación dirigido contra ese imputado; y la apertura del juicio oral. En los aspectos objetivos la delimitación a cargo del órgano judicial mediante la declaración como imputado quedaba, con la anterior regulación, ciertamente difuminada.

La reforma de 2002 arrojó alguna luz en esta materia acogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional reforzada por la exigencia de una específica delimitación en el auto de conclusión de las diligencias previas (art. 779.1.4ª): "si el hecho constituyera delito comprendido en el art. 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. **Esta decisión** , que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, **no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla** en los términos previstos en el art. 775". La declaración como investigado se configura así legalmente como una actuación definidora del objeto del proceso y de las personas contra las que se dirige. Los hechos contemplados en el auto indicado, así como las personas que la misma resolución declare imputadas a las que deberá haberse recibido declaración previa en esta condición, fijan el ámbito del proceso al que han de ajustarse los ulteriores trámites.

Tras los escritos de acusación, el auto de apertura del juicio oral determinará con carácter definitivo el objeto del debate. En dicho auto se limita el Instructor a realizar un juicio de razonabilidad de la acusación y de la procedencia de celebrar juicio oral o en su caso decretar el sobreseimiento (art. 783.1).

Queda así esbozada una panorámica de los temas que sirven de introducción a la cuestión planteada por el recurrente.

Tiene razón el recurrente al señalar que la secuencia procesal no fue correcta. La acusación por unos hechos en el procedimiento abreviado exige según se ha visto unos presupuestos:



Que el investigado haya sido informado de los hechos y haya declarado (o al menos, haya podido declarar) sobre ellos. A esta idea se refirió en extenso la muy conocida STC 186/1990, de 15 de noviembre .

Que en el auto de transformación (art. 779.1.4 LECrim) se haya ordenado proceder por tales hechos: es un filtro que ha de efectuar el Juez de Instrucción depurando el objeto procesal de forma que expulse mediante el sobreseimiento aquellos hechos investigados respecto de los que no haya indicios fundados de comisión; y ordene la prosecución respecto de aquellos otros que cuentan con una base indiciaria sólida. Es esta una primera vertiente del irrenunciable juicio de acusación que en el procedimiento abreviado aparece de forma no muy lógica desdoblado en dos momentos diferentes complementarios. Esta función de esta resolución que o no tenía en la normativa anterior a la reforma de 2002, o que aparecía de forma muy desvaída, fue recuperada o, mejor, introducida por tal modificación legislativa.

Que exista una parte legitimada que formule acusación por tales hechos.

Que el Juez de Instrucción a la vista de la acusación realice una nueva evaluación (segundo filtro del juicio de acusación) constatando si son típicos y si hay fundamento para abrir el juicio oral (en este segundo aspecto se reproduce una valoración del material que ya debió efectuarse antes). En caso contrario habrá de decretar el oportuno sobreseimiento.

Con esa secuencia la ley quiere garantizar también en la fase de investigación el derecho de defensa y la presencia de una valoración judicial sobre la fundabilidad de la acusación (para evitar acusaciones infundadas que, por más que acaben rechazadas en una futura sentencia absolutoria, siempre producen perjuicios). La fase de investigación tiene por objeto, preparar el juicio oral, pero también una función de filtro: evitar la apertura de juicios innecesarios.

Esa secuencia no se ha respetado en este procedimiento: los investigados no declararon en este concepto en relación con la invasión parcial de su edificación en una vía pecuaria, ni el auto de transformación contenía relato alguno de hechos y exclusivamente se refería a un presunto delito sobre la ordenación del territorio.

Como se ha explicado con anterioridad, los hechos susceptibles de integrar el delito de usurpación inmobiliaria no se incluyeron en el escrito de denuncia del Ministerio Fiscal y aunque el informe de la Dirección General de Medioambiente de la Comunidad de Madrid de fecha 7 de junio de 2013, folios 136 y siguientes, ya hacía constar que la edificación existente parece encontrarse en la vía pecuaria "Descansadero-abrevadero del Salegar en la Solanilla", sin embargo los investigados prestaron declaración los días 10 de septiembre de 2013 y 3 de julio de 2014 y en ningún momento fueron interrogados sobre estos hechos, localización de la edificación en vía pecuaria, sino exclusivamente sobre la nueva edificación construida en suelo no urbanizable de protección como zona A2 reserva natural educativa sin contar con autorización ni licencia; cuando se practica la declaración del segundo investigado el 3 de julio de 2014, se da traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emita informe sobre la continuación del procedimiento y el 5 de enero de 2015 se interesa la práctica de diligencias y, en particular solicitar informe sobre la ocupación total o parcial de la edificación construida en la vía pecuaria, informe que se recibe en el Juzgado de Instrucción el día 2 de marzo de 2015 y sin tan siquiera dar traslado a las partes de dicho informe, el día 6 de marzo de 2015 se dicta auto de acomodación de la tramitación de las diligencias previas a las normas del procedimiento abreviado, que como se ha dicho, no contiene relato de hechos y exclusivamente refiere que se iniciaron en virtud de denuncia de la Fiscalía de Madrid por un presunto delito contra la ordenación del territorio y que, desprendiéndose de lo actuado que los hechos pudieran ser constitutivos de un presunto delito contra la ordenación del territorio imputado a los ahora recurrentes, se acuerda continuar la tramitación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado frente a los mismos por si los hechos imputados fueren constitutivos de un presunto delito contra la ordenación del territorio.

Efectivamente este auto no fue recurrido por la defensa de los investigados pero tampoco por el Ministerio Fiscal, quien a continuación de dicho auto formuló escrito de conclusiones provisionales conteniendo ya estos segundos hechos relacionados con la ocupación parcial de la vía pecuaria a los que calificó, independientemente de la construcción en zona protegida, como un delito de usurpación en concurso ideal con un delito contra la ordenación del territorio.

Por todo ello, lo cierto es que durante la fase de instrucción los investigados no fueron interrogados sobre estos hechos, invasión de vía pecuaria, ya que ni siquiera con una mínima certeza, en el momento de su declaración, podía atribuirseles indiciariamente esa invasión dado los términos del informe obrante a los folios 136 y siguientes: "la edificación existente en la parcela **parece** encontrarse en vía pecuaria.....no obstante, deberá ser el Área de Vías Pecuarias el que verifique la inclusión o no de la instalación en terreno público", departamento que emitió el informe de 9.2.2015 donde se decía que las obras ocupan parcialmente terrenos de la vía pecuaria mencionada; y esta importante modificación sustancial en cuanto a los hechos objeto de



interrogatorio en la declaración prestada por los investigados, contraviene lo dispuesto en el artículo 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con vulneración del derecho de defensa.

CUARTO .- Abordando la cuestión relativa a la prescripción de delito sobre la ordenación del territorio, dicha cuestión está íntimamente relacionada con el fondo del asunto en cuanto que habrá que determinar "el dies a quo" o fecha de inicio de la prescripción, que está vinculado a la nueva construcción en suelo no urbanizable de protección incluido en la zona A2 de Reserva Natural Educativa del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares; en los hechos declarados probados de la sentencia se dice que entre los años 2009 y 2011, sin haber recabado previa calificación urbanística, ni licencia municipal ni autorización del Patronato del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares ni del Área de Vías Pecuarias de la Comunidad Autónoma de Madrid que les habilitasen para hacerlo, los acusados promovieron y ejecutaron la construcción de una edificación de nueva planta con destino a vivienda de unos 75 metros cuadrados de superficie, ampliatoria de un pequeño almacén de unos veinticinco metros cuadrados de superficie que previamente había construido en ese lugar en fecha no determinada comprendida entre 2001 y 2004 en la DIRECCION000 " sita en la parcela NUM004 del Polígono nº NUM005 de El Boalo.

Sobre esta cuestión incide especialmente la parte recurrente a lo largo del procedimiento, en el juicio oral y en el recurso, sosteniendo que esa construcción ya estaba con anterioridad; sin embargo el juzgador a quo, a estos efectos y de valorar la participación de los acusados en los hechos, tuvo en cuenta su propia declaración, las declaraciones testificales de los agentes forestales de la Comunidad de Madrid NUM006 y NUM007, de la Jefe de Área de Ganadería de la Dirección General de Medio Ambiente de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, D^a. Laura y por las pruebas periciales del técnico municipal del Ayuntamiento de El Boalo, D. Lázaro, del Subdirector General de Recursos Agrarios de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid, D. Sabino y, del Director Conservador del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, D. Jesús Manuel, así como de la documental obrante en autos.

El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Penal partió de la versión exculpatoria de los acusados que señalaron que la nave había sido construida antes del año 2004 para la explotación ganadera por parte de Jesús María y que Secundino era propietario del terreno que declaró que contrató a un rumano para que realizara la edificación admitiendo que no había solicitado ningún tipo de licencia pues desconocía que fueran necesarias en este caso y que la Comunidad de Madrid nunca le comunicó que hubiera de deslindar la finca, que se voló el tejado por el viento y que tuvo que repararlo el trabajador rumano contratado, que se trata de una nave que no está habitada, mientras que Jesús María, a cargo de la finca desde 2004, coincidió en el plenario con su abuelo, en que la obra la realizó un trabajador rumano, discrepando de lo manifestado en su día en el Juzgado de Instrucción cuando señaló que había sido él quien realizó los trabajos de reconstrucción antes del año 2009, explicando en el plenario que dijo eso para evitar problemas a su abuelo; a continuación el Magistrado a quo valora las declaraciones testificales de los agentes forestales que dijeron que en una visita de inspección de la finca realizaron mediciones de la construcción con ayuda del acusado Jesús María y tomaron fotografías unidas a las actuaciones adjuntando unos anexos de fotografías aéreas de los años 2001, 2003, 2004, 2006, 2007, 2009 y 2011 proporcionadas por dos visores gráficos diferentes, reconociendo los propios testigos que se trata de fotografías poco claras de no muy buena calidad sobre todo las de los primeros años y que no son fiables las mediciones pudiendo contener errores, de ahí que hablen de cien metros cuadrados aproximadamente.

A continuación en la sentencia recurrida se sigue razonando que con respecto a la Jefe de Área de Ganadería de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, D^a. Laura, ratificó los informes obrantes a los folios 153 y 154 de las actuaciones autorizando la explotación ganadera y que en un acta de inspección realizada en noviembre de 2004 se describen las dimensiones de la nave, sensiblemente inferior a la actual, cuyas fotos figuran en los folios 186 y 187 de las actuaciones y, en cuanto a las pruebas periciales el técnico municipal, D. Lázaro ratificó el informe obrante a los folios 82 y 83 explicando que no consta que se recabara licencia ni autorización del Ayuntamiento ni en la Comunidad de Madrid para la ampliación de una edificación; mientras que el director conservador del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, D. Jesús Manuel, además de ratificar su informe a los folios 137 y 139 explicó que es una zona de máxima protección del parque no siendo posible realizar nuevas construcciones, independientemente de uso, salvo autorización expresa del Patronato, señalando que las construcciones anteriores a la declaración del Parque son legales, remitiéndose a la secuencia de ortofotos aéreas que cuelgan en el Plan de la Comunidad de Madrid que son públicas, para indicar que no consta construida la citada nave en el año 2009; en cuanto a la prueba pericial del Subdirector General de Recursos Agrarios de la Comunidad de Madrid, D. Sabino, aparte de ratificar su informe al folio 232 explicó que la construcción invade en su mayor parte la vía pecuaria afectando al "Descansadero-abrevadero del Salegar en la Solanilla" sin haber solicitado ningún tipo de autorización o de afección; con todas estas pruebas el juzgador de la instancia afirmó que se había practicado prueba de cargo bastante para enervar el derecho a la presunción de inocencia.



En este sentido, hay que señalar que, cabe recordar que constituye doctrina reiterada del Tribunal Constitucional la que afirma que el principio de presunción de inocencia solo alcanza a garantizar la interdicción en cuanto al dictado de resoluciones condenatorias en el ámbito penal, cuando aquellas carezcan de todo sustento probatorio o que, aun teniéndolo la prueba hubiera sido obtenida con violación o infracción de derechos fundamentales, no así cuando conste allegado al proceso, en mayor o menor medida, dicho aporte probatorio material, lo que hará, desde tal instante, que adolezca de virtualidad la invocación -abusiva, en tantas ocasiones- relativa a la violación por inaplicación del principio, elevado a rango de derecho fundamental, de presunción de inocencia, pues en tales supuestos lo que realmente se debate no es otra cosa que la divergente valoración que la parte realiza sobre el contenido o resultado de la prueba practicada, en cuanto se imputa al Juzgador una valoración errónea sobre su contenido, lo que ninguna relación guarda con el principio de referencia; es decir que no cabe confundir presunción con la valoración de la prueba efectuada por el Juzgador.

El referido Tribunal tiene declarado (S. 36/83) que *"cuando en la instancia se produce una actividad probatoria y el resultado de tal actividad es apreciado por el órgano judicial en uso de su libertad de apreciación, como expresión de la culpabilidad del autor presuntamente "inocente", no puede entenderse vulnerado tal derecho, pues la presunción queda desvirtuada por la prueba apreciada por el Juzgador en razón de su soberana facultad de valoración de la misma"*.

Y en el caso concreto de autos, el Magistrado-Juez de lo Penal, para alcanzar su convicción sobre los hechos que se consideran probados en la sentencia, contó con suficiente prueba de cargo, que valoró libremente, y razonó en su resolución a la vista del resultado de las pruebas practicadas en los términos antes expuestos, aparte de la documental propuesta unida a las actuaciones

Este tribunal, tras la revisión del juicio, confirma absolutamente la valoración realizada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez, inclusive para respaldar la conclusión alcanzada en la instancia cabe señalar que al folio 15 de las actuaciones se incorpora la fotografía número dos en la que claramente se advierten dos construcciones diferenciadas en cuanto a la fachada utilizando distinto material, es decir, que el alegado viento que en el pasado tiró el techo de la nave construida, quedaría desvirtuado por la simple comparativa de las fachadas que se aprecian en esa fotografía; también en los folios 17 y 18 se contienen fotografías cinco a ocho del interior, de las que se identifican como nueva y antigua edificación, y que fueron realizadas con ocasión de la personación de los agentes forestales en la parcela de los acusados, observando que el techo, las paredes, el diseño, el mobiliario y utensilios existentes en cada uno de estos espacios es bien distinto; la llamada edificación antigua tiene paredes de ladrillos de diferente material, suelo de cemento y herramientas diversas colgadas en esas paredes, mientras que en la llamada edificación nueva hay paredes pintadas y otras con baldosines, techo visto de madera, suelo de baldosas, una chimenea, frigorífico, cocina, fregadero, y dos mesas con sillas y banquetas, lo que evidencia que el destino de cada uno de estos dos espacios es bien distinto, resultando sorprendente, aunque legítimo y comprensible, que se alegue que el espacio identificado como edificación nueva era para resguardarse del frío o lluvia o para preparar el alimento de algún animal cuando estos fines estarían igualmente cubiertos con la llamada edificación antigua; al contrario, la edificación nueva con los materiales empleados en paredes, suelo, techo y con la incorporación de chimenea, frigorífico, cocina, mesas y sillas, está perfectamente indicada y destinada al uso de vivienda.

En cuanto a la fecha de edificación de esa nueva construcción, coincidiendo con el Ilmo. Sr. Magistrado a quo, las pruebas practicadas avalan con rotundidad que se materializó entre los años 2009 y 2011, sin poder aportarse mayor precisión, y ello a la vista de las declaraciones testificales de los agentes forestales y de los peritos; ciertamente que alguno de los ortofotomapas aportados a los folios 22 y siguientes y 166 y siguientes, no son todo lo clarificadores que sería deseable, pero los agentes forestales en el informe unido a los folios 163 y siguientes consultaron las fotografías aéreas de los años 2001, 2003, 2004, 2006, 2007, 2009 y 2011 y realizaron mediciones aproximadas sobre las mismas confirmando que en el año 2001 la construcción no existe, que en el año 2003 la superficie construida es de quince metros cuadrados aproximadamente, y que en las fotografías aéreas de los años 2004, 2006, 2007 y 2009 la superficie de la construcción es de veinticinco metros cuadrados aproximadamente y que en el año 2011 la superficie construida es de ciento dos metros cuadrados que coincide, con un margen de error menor, con la medición hecha sobre el terreno por los agentes forestales que emiten este informe, ratificado en el plenario reconociendo la poca claridad de las fotografías aéreas y explicando que al poder contener errores se refieren a cien metros cuadrados aproximadamente, lo que debe unirse al informe emitido a los folios 137 y siguientes por la Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, firmado por el director conservador del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares ratificado en el plenario por el mismo, en el que se refiere que revisados los informes previos existentes de esta finca no se han encontrado registros que notifiquen la instalación de la edificación o el uso al que se destina el terreno de la parcela y que esa unidad administrativa ha comprobado que en el año 2009 esta nave no estaba construida, informe ratificado en el plenario por el director conservador confirmando que a la vista de la secuencia de ortofotos aéreas del Plan de la Comunidad de Madrid, no consta construida esta nave



en el año 2009; en definitiva, las pruebas practicadas han sido correctamente interpretadas por el Magistrado-Juez de la instancia, la nueva edificación se construyó entre 2009 y 2011 sin poder llegar a concretarse aún más el momento preciso en que debió producirse.

A continuación procede analizar la invocada prescripción de los hechos imputados vinculados al delito contra la ordenación del territorio; en este sentido las partes coinciden en que resulta de aplicación la redacción ofrecida por el Código Penal con anterior a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio; el artículo 319.1 del Código Penal en su anterior redacción, que ha sido objeto de condena, contempla una pena de entre seis meses de prisión y tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años; ahora bien, como quiera que también se relaciona este artículo 319.1 con el artículo 338 del Código Penal, que contempla una pena superior en grado a las prevista en este título, cuando afecten a algún espacio natural protegido, como es el caso, nos encontraríamos con una franja penológica situada entre tres años y un día a cuatro años y seis meses de prisión, multa de veinticuatro meses y un día a treinta y seis meses, e inhabilitación de profesión u oficio por tiempo de tres años y un día a cuatro años y seis meses; delito menos grave cuyo plazo de prescripción en atención al artículo 131 del Código Penal con la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, es de cinco años.

A fin de resolver la cuestión planteada hemos de partir de la consideración de que el delito contra la ordenación del territorio se configura como un ilícito de mera actividad y de carácter eminentemente doloso, en el que el bien jurídico protegido se caracteriza por la protección de las propiedades del suelo, como marco jurídico de la vida humana frente a las operaciones urbanísticas.

Así las cosas, y por lo que a la prescripción se refiere hay que indicar que opera en el proceso penal como causa de extinción de la responsabilidad criminal a través de la desaparición o extinción del hecho que al acusado se le imputa, cuando el transcurso del tiempo y la paralización del proceso modifican sustancialmente la necesidad de la pena, a la par que los principios de mínima intervención y de proporcionalidad juegan entonces como factores coadyuvantes, en beneficio del reo, para aminorar los efectos y consecuencias que el hecho delictivo habría normalmente de producir (Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1997 y 11 de febrero de 1997).

El artículo 132.1 del Código Penal establece que "en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta". Siendo unánime la doctrina y la jurisprudencia en el entendimiento de que se trata de un delito permanente, y cabe preguntarse si la dicción legal "desde que se eliminó la situación ilícita" puede hacerse equivalente a la eliminación del resultado de la lesión del bien jurídico, es decir, a la destrucción de la construcción ilícita -lo que obviamente no ha ocurrido en el caso-, como se ha recogido en algún sector de la jurisprudencia que gráficamente expresa que "el ataque al bien jurídico protegido perdura mientras la obra o construcción sigue en pie", sin embargo el criterio de la jurisprudencia mayoritaria sitúa el inicio del plazo prescriptivo en el último comportamiento penalmente ilícito del autor comprendido en el hecho delictivo castigado. Referencia comúnmente citada al respecto es la STS de 29 de noviembre de 2006 nº 1182/2006, que expresa que "se trata en definitiva de un delito permanente, con lo que en todo caso el cómputo de la obra conjunta o única se iniciará cuando acabe con su consumación", y en el mismo sentido cabe citar las sentencias de la AP Valencia, Sección 3ª, de 1 de marzo de 2013 y 1 de julio de 2016; AP Málaga, Sección 9ª, de 3 de noviembre de 2015 y 8 de enero de 2016; o AP A Coruña, Sección 2ª, de 12 de noviembre de 2012 y 9 de junio de 2014.

Este criterio, en todo caso, es el coherente con el principio de culpabilidad -no siempre el autor de esta infracción está en disposición de eliminar el resultado de su delinquir; diferencia debidamente la conducta delictiva y sus efectos- y con la naturaleza del delito, que implica que aunque la lesión del bien jurídico ya se haya producido en momentos anteriores -en el caso, al verificarse el resultado de los actos constructivos-, la prosecución de la actividad ilícita por el autor determina que su consumación se estime producida cuando dejen de realizarse tales conductas y cesa la actividad criminal.

En el supuesto sometido a esta alzada, en cuanto al día final del cómputo del plazo de prescripción, es claro que será el día 29 de abril de 2013 cuando se dicta auto de incoación de diligencias previas, acordando entre otras, recibir declaración al denunciado Jesús María, y día 3 de marzo de 2014 cuando se acuerda por providencia citar a Secundino como imputado una vez averiguada la titularidad de la parcela.

El problema será determinar cuál es el día inicial de dicho cómputo, día que a pesar de lo que pretende el recurrente en cuanto que invoca que la edificación se construyó antes de 2009, sin embargo por las razones expuestas, este Tribunal, confirma los hechos declarados probados en el sentido de que esta nueva edificación se produjo entre los años 2009 y 2011; ahora bien, la interpretación del cómputo prescriptivo debe realizarse en forma tal que no pueda perjudicar al reo, de manera que el inicio de dicho plazo deberá fijarse en el día 1



de enero de 2009 y atendiendo a las fechas antes señaladas en las que el procedimiento se dirigió contra los ahora recurrentes, es evidente que, el plazo de cinco años, transcurrió respecto de Secundino , no así respecto de su nieto Jesús María .

QUINTO .- Una vez determinado que el procedimiento válidamente se ha dirigido exclusivamente contra Jesús María , se reitera que, este Tribunal comparte el resultado probatorio alcanzado en la instancia, teniendo en cuenta lo expuesto tanto en la sentencia de instancia valorado el acervo probatorio, como la corroboración probatoria realizada por este Tribunal en el fundamento de derecho anterior.

En definitiva, no puede sostenerse válidamente que el Juez a quo haya errado en la valoración de la prueba al efectuar una valoración de las declaraciones prestadas, en la medida en la que ésta depende de la inmediación, es decir, de la percepción sensorial directa de la producción de la prueba corresponde al juez de instancia, único que dispone de esa inmediación, y es el que ve y oye directamente al manifestante y percibe lo que aquel dice y como lo dice -ausente en esta fase del recurso-, pudiendo por ello apreciar y valorar en su exacta dimensión, los gestos, palabras concretas y actitudes adoptadas por el deponente en su dicho.

Por todo ello, la opción del juzgador pertenece al ámbito de la apreciación de la prueba, no al de la existencia de la misma, y, por tanto, ha de ser inmune a la presunción de inocencia alegado; las pruebas han sido valoradas y justificadas acertadamente.

La valoración de las pruebas practicadas en la sentencia responden de forma objetiva e imparcial al resultado producido en el plenario y se comparten por este tribunal, quedando extramuros del principio de presunción de inocencia la discrepancia en la distinta credibilidad que el juzgador otorgue a los distintos testigos y acusados que ante él depusieron. Así enseña la Sentencia T.C. de 16-1-95 "El que un órgano judicial otorgue mayor valor a un testimonio que a otro forma parte de la valoración judicial de la prueba (SSTC 169/90 , 211/91 , 229/91 , 283/93 , entre otras muchas) y no guarda relación ni con el principio de igualdad ni con el derecho fundamental a la presunción de inocencia."; y la Sentencia T.C. de 28-11-95 "la valoración de la prueba queda extramuros de la presunción de inocencia (SSTC 55/82 , 124/83 , 140/85 , 254/88 , 201/89 y 21/93)". En iguales términos TS 2ª, S 03-11-2000 "la existencia de testimonios contradictorios sobre los hechos no obliga al juzgador a dudar más de lo que debe obligar en principio cualquier imputación, como necesaria consecuencia del carácter de verdad provisional que tiene la institución de la presunción de inocencia. Si, ponderando las pruebas de distinto signo que ha presenciado, el juzgador llega a tener la certeza moral de la culpabilidad del acusado, su obligación es precisamente declararla. El principio "in dubio pro reo", de la misma forma que el derecho del acusado a la presunción de inocencia, veda la emisión de un pronunciamiento condenatorio si no se han superado las dudas sobre la culpabilidad del acusado, pero no otorga a éste el derecho a que el Tribunal dude ante pruebas contradictorias. Justamente porque en el caso enjuiciado por la sentencia recurrida puede hablarse de pruebas contradictorias, esto es, de pruebas de cargo y de descargo, es por lo que no se puede sostener que, con la condena del recurrente, haya sido violado su derecho a la presunción de inocencia".

Entrando a analizar las cuestiones técnico jurídicas introducidas en el escrito de recurso, tampoco se comparten las apreciaciones contenidas en el recurso relativas a una indebida interpretación de la Ley 1/1985, al omitir el contenido del apartado tercero del artículo 14 que permite construcciones para actividades ganaderas y el artículo 16.2 que permite edificaciones permanentes con autorización del Patronato, y el artículo 13.2 de la Ley 9/2011, del Suelo de la Comunidad de Madrid y artículo 28 que regula los derechos y deberes de la propiedad en suelo no urbanizable de protección.

A la vista del resultado de las pruebas practicadas, y el contenido de la Ley 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, en su artículo 13 se refiere a la "Zonificación general", determinando el ámbito territorial de esta ley referido, entre otras a la Zona A2, Reserva Natural Educativa, en la que de forma indiscutida se encuentra la parcela en la que se realizó una nueva edificación, zona que según el apartado 2 de dicho artículo queda clasificada como suelo no urbanizable especialmente protegido; por su parte el artículo 14 de la misma ley que se ocupa de las Zonas de Reserva Natural, A1 y A2, dispone en el apartado 2 que, en las zonas de reserva natural no se permitirá ningún uso o actividad que no se oriente directamente a la conservación del ambiente y al mantenimiento del equilibrio natural en las zonas mismas; el apartado 3 del mismo artículo, que es el citado por la parte recurrente, establece que en las zonas a que se refiere el presente artículo y con las solas limitaciones establecidas en el número precedente, se permitirán las actividades que luego enumera y, entre ellas, a) las actividades, agrícolas, ganaderas, forestales, silvícolas y otras similares no prohibidas por el patronato y que respondan a fines de mantenimiento, mejora, conservación o investigación; por tanto, inclusive teniendo en cuenta la redacción de dicho apartado tercero del artículo 14, es obvio que la nueva edificación realizada en esa parcela, por las razones expuestas en la sentencia de instancia y en la presente, en modo alguno puede calificarse como actividad ganadera, ni susceptible de catalogarse como alguna de las otras actividades permitidas y por tanto no prohibidas por el Patronato Regional; ciertamente que en el artículo 16 de la misma ley, apartado tercero, se dice que las zonas de reserva natural educativa quedarán



sujetas a las prohibiciones establecidas en el artículo 14 para las zonas de reserva natural, si bien, atendiendo a sus valores testimoniales y pedagógicos, se permitirá la presencia de visitantes no permitiéndose la realización de nuevas edificaciones de carácter permanente, salvo autorización expresa del Patronato que fijará el uso y condiciones de las mismas; autorización expresa que en ningún caso fue otorgada por el Patronato, ya que inclusive se ha reconocido que no se solicitó ni siquiera licencia o autorización.

En cuanto a la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid, nuevamente el artículo 16 referido al suelo no urbanizable de protección, señala que tendrán esa condición los terrenos en que concurren alguna de las circunstancias que se mencionan, y entre ellas a) por estar sometidos a algún régimen especial de protección, como ocurre en el caso presente al estar enclavada la parcela donde se ha realizado la nueva edificación, en la Zona A2 de Reserva Natural Educativa; la mención que hace la parte recurrente al artículo 28 de esta ley tampoco resulta aplicable al caso sometido a enjuiciamiento; este artículo establece que en este tipo de suelo, no urbanizable de protección, los derechos de la propiedad compenden, además de los generales, los siguientes que enumera: a) la realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera...mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones compatibles con la preservación de los valores que motivan su inclusión en esta clasificación de suelo; esta facultad comprende solo los trabajos y las instalaciones que sean indispensables y estén permitidos o, en todo caso, no prohibidos por las ordenaciones territorial y urbanística; y b) la realización de obras, edificaciones y construcciones que se legitimen expresamente en los términos dispuestos en esta ley mediante calificación urbanística; calificación que no se ha obtenido en este caso; inclusive el artículo 29 de la misma ley señala que excepcionalmente, a través del procedimiento de calificación previsto en esta ley, podrán autorizarse actuaciones específicas, siempre que estén previstas en la legislaciones sectorial y expresamente permitidas por el planeamiento regional territorial o el planeamiento urbanístico; esta resolución debe insistir en que por las pruebas practicadas, ni siquiera se solicitó licencia o autorización ni calificación urbanística para la nueva edificación controvertida y, como dijo el director conservador del Patronato, esta edificación está en una zona de máxima protección del Parque, no siendo posible realizar nuevas construcciones independientemente de su uso, salvo autorización expresa del Patronato y las construcciones anteriores a la declaración del Parque son legales conforme a la Ley 7/1991; de manera que nuevamente hay que concluir que ni se dispone de autorización expresa de dicho Patronato ni se ha tramitado ninguna calificación urbanística de esta parcela a efectos de la nueva edificación.

SEXTO .- También señala el escrito de recurso que en la sentencia se ha omitido precisar qué parte de la obra debería demolerse y su localización exacta en el conjunto de la nave entendiendo que se les condena a más de lo solicitado por el Ministerio Fiscal que solicitó la demolición de una parte de la obra:

La tesis promovida por la parte recurrente no puede ser admitida; teniendo en cuenta los hechos declarados probados y el fundamento de derecho sexto de la sentencia, ésta no se pronuncia sobre nada más que no haya sido solicitado por el Ministerio Fiscal, ni se excede de la declaración de hechos probados; claramente se desprende que la edificación indebida se encuentra en las coordenadas geográficas (U.T.M.) NUM002 e NUM003 , que es una edificación de nueva planta con destino a vivienda de unos 75 metros cuadrados de superficie, ampliatoria de un pequeño almacén de unos 25 metros cuadrados de superficie que previamente habían construido en ese lugar en fecha no determinada entre 2001 y 2004 en la finca " DIRECCION000 ", parcela NUM004 del Polígono NUM005 de El Boalo, suelo no urbanizable de protección incluido en la zona A2 de Reserva Natural Educativa del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares, resultando de tales obras una edificación de unos cien metros cuadrados aproximadamente.

En el curso del juicio también se discutió la superficie indebidamente construida, intentado la parte recurrente confrontar el informe emitido con ocasión de una visita de inspección realizada en el año 2004, resultado ratificado por la testigo D^a. Laura , Jefe de Área de Ganadería de la Dirección General de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid, coherente con el informe obrante al folio 153 de las actuaciones en el que se menciona que en el protocolo de inspección realizada el 9 de noviembre de 2004 las instalaciones existentes eran: "nave de ochenta metros de hormigón y chapa..."; sin embargo en el curso de las pruebas practicadas, valoradas oportunamente por el Magistrado-Juez de la instancia, se ha tenido en cuenta el informe emitido por los agentes forestales, a resultas de la visita de inspección realizada el 27 de mayo de 2012, completado y aclarado con otro informe posterior, folios 163 y siguientes donde se explican las mediciones realizadas en distintos años, y la conclusión de que entre 2009 y 2011 se ha ampliado la anterior antigua edificación a unos 101,37 metros cuadrados, informes ratificados en el plenario y suficientemente explicados anteriormente en esta sentencia, en el sentido de que por esta razón la ampliación edificada es aproximadamente de cien metros cuadrados, tal y como se dice en los hechos probados de la sentencia que se mantienen inalterables por la resolución de esta alzada.



SÉPTIMO .- Por último, los recurrentes solicitan la reducción del período de multa impuesta y la cuota diaria fijada, y que se proceda a su reducción, sin especificar razón alguna; con respecto a la cuota diaria de multa, el Ministerio Fiscal solicitó una cuota de seis euros, que es la finalmente fijada en la sentencia, cuota que se considera ponderada y adecuada, dado que es jurisprudencia consolidada, de un lado que esa cuota se encuentra muy próxima al mínimo legal, y que éste está reservado para supuestos excepcionales de indigencia o miseria, que no concurren en el caso presente; con respecto a la duración del período de imposición de la multa; se analizará a continuación dando respuesta a los motivos de recurso del Ministerio Fiscal.

OCTAVO .- En cuanto al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal que se muestra contrario a la apreciación de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas y menos con la entidad de muy cualificada, hay que señalar que esta atenuante de dilaciones indebidas durante muchos años tuvo que ampararse en la analogía del anterior art. 21.6º CP. A partir de diciembre de 2010 contamos con una tipificación expresa. El actual número 6 del artículo 21, dentro del catálogo de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal contempla como tal la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

A tenor de la literalidad de la norma la apreciación de la atenuante exigirá la concurrencia de una serie de requisitos que se pueden concretar en los siguientes: a) que tenga lugar una dilación indebida y extraordinaria; b) que ocurra durante la tramitación del procedimiento; c) que esa demora o retraso injustificado no sea atribuible al investigado y d) que la dilación no guarde proporción con la complejidad del litigio.

En el caso presente, este procedimiento se inicia mediante auto de incoación de diligencias previas de fecha 29 de abril de 2013 y la sentencia de la instancia se ha dictado con fecha 31 de julio de 2017, es decir, un total de cuatro años y tres meses, de manera que el tiempo de duración del proceso contemplado globalmente no ha sido excesivo. A criterio de este Tribunal, la única complejidad asociada a la causa ha sido concretar la parcela y el polígono afectados por la construcción discutida y determinar los hechos vinculados a la denuncia relativos a la construcción o reconstrucción de la edificación controvertida y la posible invasión de vía pecuaria con los correlativos informes técnicos necesarios; desde la perspectiva de paralizaciones parciales, no existe ninguna interrupción de la tramitación procesal superior a un año y, la de mayor duración es la existente entre la recepción de las actuaciones en el Juzgado de lo Penal desde el Juzgado de Instrucción, el día 4 de marzo de 2016 y el día 7 de noviembre de 2016 fijado para la celebración del juicio, si bien tuvo que posponerse en base a petición justificada de la parte ahora recurrente, por razones médicas, hasta el día 4 de abril de 2017.

Por todo lo expuesto y dando respuesta al recurso del Ministerio Fiscal:

a) La fecha inicial de cómputo hay que situarla en el momento de la imputación. Lo que se contempla en el art. 21.6 son las dilaciones en el procedimiento, no los retrasos en el descubrimiento de los hechos. Lo relevante es la fecha de la primera imputación y no la fecha de comisión de los hechos.

La atenuante contempla las dilaciones en la tramitación del procedimiento. No hay tramitación mientras no se incoan las diligencias. El art. 21.6º CP no pretende compensar con esa minoración punitiva tal atenuante la tardanza en la averiguación de un delito.

Son valorables las dilaciones causadas durante el proceso, no el tardío descubrimiento de los hechos o del autor. Si se efectúa una rebaja penológica es para compensar el padecimiento por el sometimiento a un proceso penal durante un período de tiempo superior al debido. Por tanto, invocar la fecha de los hechos es improcedente a estos efectos. El dies a quo para medir las dilaciones hay que situarlo en el comienzo del proceso (STEDH de 15 de julio de 1982 o STEDH de 28 de octubre de 2003 caso López Sole y Martín de Vargas C. España). Cosa diferente es que una data de los hechos muy remota pueda ser ponderada a la hora de graduar la pena (art. 66 CP), aunque nunca por la vía de la atenuante por cuanto en ese caso no concurre su fundamento. El derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un supuesto y curioso derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido de la infracción penal y de su implicación. Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de un derecho fundamental. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de investigado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo investigado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 25 de septiembre y 70/2013, de 21 de enero).

Aparte de lo anterior, también dice el Tribunal Supremo, que "en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13

de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTS 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4 ; 440/2012, de 25-5 ; y 70/2013, de 21-1).

En cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España).

Por último, para su aplicación como muy cualificada, la jurisprudencia viene señalando las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003, de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002, de 21 de marzo (9 años); 39/2007, de 15 de enero (10 años); 896/2008, de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008, de 12 de febrero (16 años); 440/2012, de 25 de mayo (diez años); 805/2012, de 9 octubre (10 años); 37/2013, de 30 de enero (ocho años).

Ahora bien, en supuestos de procesos cuya duración no alcance los siete años también cabe la aplicación de la atenuante como muy cualificada cuando se compruebe que concurrieron varias paralizaciones de la causa alguna de las cuales superó el tiempo de un año. Y así, en la sentencia 658/2005, de 20 de mayo , aunque el periodo de duración del proceso en la primera instancia no alcanzó los cinco años, se apreció la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada debido a que la causa estuvo paralizada en exceso en la Audiencia Provincial, transcurriendo casi tres años entre la fecha de remisión y la celebración del juicio. Siguiendo la misma pauta interpretativa, en la sentencia 630/2007, de 6 de julio , se estimó que una paralización de casi cuatro años en la fase de juicio oral se hacía acreedora a la aplicación de la atenuante como muy cualificada aunque la duración total del procedimiento no fuera especialmente extraordinaria. Y en la sentencia 484/2012, de 12 de junio , en una causa con un periodo total de tramitación que no alcanzó los seis años, se estimó que la existencia de varios periodos de paralización, uno de ellos superior a un año, justificaba la aplicación de la atenuante como muy cualificada.

En el caso presente, como se ha dicho, desde la incoación del procedimiento hasta la resolución en la instancia, han pasado cuatro años y tres meses, y exclusivamente se aprecia una significativa paralización no superior al año, lo que determina que dicha circunstancia deba valorarse como atenuante simple.

NOVENO .- Ahora es el momento de examinar el motivo de recurso del Ministerio Fiscal en relación al marco penológico tenido en cuenta en la sentencia, así como la duración de la multa impuesta a tenor del último motivo de recurso de la defensa de los recurrentes.

En primer lugar, hay que partir de la aceptación pacífica por las partes, que además se ajusta a la legalidad también prefijada en la sentencia, de la aplicación al supuesto enjuiciado del Código Penal vigente con anterioridad a la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

En dicha redacción, el artículo 319.1 del Código Penal , objeto de condena, contemplaba las siguientes penas:

Prisión de un año y seis meses a tres años

Multa de doce a veinticuatro meses

Inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años

No obstante lo anterior, en el caso presente, este artículo está vinculado al artículo 338 del mismo texto punitivo que contempla la imposición de la pena superior en grado cuando la conducta afecte a algún espacio natural protegido, como es el caso; por tanto, el marco penológico es el siguiente:

Prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses

Multa de veinticuatro meses y un día a treinta y seis meses

Inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de tres años y un día a cuatro años y seis meses

Tal y como plantea el Ministerio Fiscal, aunque se hubiera considerado como muy cualificada la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, la franja penológica utilizada en la sentencia de instancia y la pena resultante eran incorrectas; no obstante, dado que en esta alzada se ha estimado este recurso apreciando como simple dicha circunstancia atenuante, la pena mínima a imponer de conformidad con el artículo 66.1.1ª del Código Penal , se situaría en la mitad inferior de la que fija la ley para el delito; este Tribunal valorando las circunstancias existentes en el presente supuesto, y conforme también a los razonamientos antes expuestos cuando se resolvió el recurso del Ministerio Fiscal en relación a la circunstancias de dilaciones indebidas respecto de las que no debe apreciarse el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos, lo cierto es que



sin duda es relevante el tiempo transcurrido entre la visita de inspección de los agentes forestales a la parcela de los recurrentes, en mayo de 2012 hasta la iniciación del procedimiento judicial el día 29 de abril de 2013, es decir, prácticamente un año después de comprobar administrativamente la posible comisión de los hechos enjuiciados y ahora sometidos a esta alzada, teniendo en cuenta la entidad de los hechos y la ausencia de antecedentes penales, considera que no hay razones para exasperar la pena y que procede su imposición en el grado mínimo, dando satisfacción en este sentido a la parte recurrente en representación de los acusados.

DÉCIMO .- Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de los acusados, y estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal; no apreciándose temeridad o mala fe, se declaran de oficio las costas de esta alzada. Sin embargo las costas de la primera instancia deben modificarse al absolverse a los acusados del delito de usurpación inmobiliaria y por considerar prescritos los hechos constitutivos del delito contra la ordenación del territorio respecto del acusado D. Secundino y, en consecuencia, se declaran de oficio tres cuartas partes de las costas causadas en la instancia, imponiendo una cuarta parte a D. Jesús María .

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** los recursos de apelación inter-puestos por la Procuradora D^a. Yolanda Pulgar Jimeno, en nombre y representación, de D. Secundino Y D. Jesús María y por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de lo Penal nº 20 de Madrid, de fecha 31 de julio de 2017 , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la misma, en el sentido de **ABSOLVER** libremente a los acusados del imputado delito de **USURPACIÓN INMOBILIARIA**, y también debemos **ABSOLVER** libremente al acusado D. **Secundino** , del imputado delito contra la ordenación del territorio.

Se CONFIRMA la condena de **D. Jesús María** por el delito contra la ordenación del territorio, concurriendo la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, imponiéndole la pena de **TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN** , con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, **MULTA DE VEINTICUATRO MESES Y UN DÍA** , con una cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para las actividades de promoción y construcción inmobiliaria por tiempo de tres años y un día.

Se declaran de oficio las costas de esta alzada. Se impone una cuarta parte de las costas de la primera instancia al único condenado en esta sentencia, declarando de oficio las tres cuartas partes de las costas causadas en la instancia.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior resolución por la Magistrada Ilma. Sra. Dña. CARIDAD HERNÁNDEZ GARCÍA, estando celebrando audiencia pública . Doy fe.