



Roj: **STS 491/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:491**

Id Cendoj: **28079120012018100082**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2018**

Nº de Recurso: **779/2017**

Nº de Resolución: **88/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 88/2018

Fecha de sentencia: 21/02/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 779/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 06/02/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL VALENCIA. SECCIÓN SEGUNDA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MPS

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 779/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 88/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales e infracción de ley número 779/2017, interpuesto por D. Alexander Urbano representado por la procuradora D.ª Isabel Juliá Corujo, bajo dirección letrada de D. Francisco Javier Boix Reig y por D. Cecilio Oscar representado por la procuradora D.ª Isabel Juliá Corujo y defendido por letrado D. José María Calatayud Barona, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Segunda.

Es parte el **Ministerio Fiscal** .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Requena tramitó Procedimiento Abreviado núm. 9/2014 contra D. Alexander Urbano , D. Cecilio Oscar y otros no recurrentes por delito de estafa, prevaricación administrativa y delito contra la ordenación del territorio; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Segunda (Rollo de P.A. núm. 47/2016) dictó Sentencia en fecha 23 de enero de 2017 que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO.- "Sobre las construcciones":

Alexander Urbano alcalde de la localidad de Zarra desde el año 1979, y administrador único de la empresa Telyzán S.L. hasta el día 7 de marzo de 2003 que cesó en su cargo, transmitiendo las participaciones sociales a su hijo Cecilio Oscar quien desde ese momento pasó a ser administrador y socio único de la misma, se pusieron de acuerdo para construir desde ese momento, a través de dicha mercantil viviendas en los polígonos 5, 6 y 7 del término municipal, en terrenos que tienen la calificación de suelo no urbanizable común, en parcelas notablemente inferiores a diez mil metros cuadrados, amparadas en licencias concedidas por el Pleno del Ayuntamiento de Zarra desde el 30/04/2003, pese a conocer que el artículo 10 de la Ley 4/1992 y 21 de la Ley 10/2004 prohibían dicha actividad, llegando a ejecutar materialmente, al menos, 25 edificaciones destinadas a viviendas en las parcelas que se mencionan a continuación:

1º ANEXO POL/PAR. 6/87 N° FINCA 116N PROPIETARIO: TELYZAN S.L. comprada en escritura pública de fecha 02/05/2006.

2º ANEXO 16. POL/PAR. 6/90 N° FINCA . NUM000 PROPIETARIO: Mauricio Fructuoso . Adquirida por escritura pública de fecha 19/09/2005.

3º POL/PAR. 6/91. FINCA NUM001 PROPIETARIO: Prudencio Casiano Y Hortensia Raquel . Comprada a Telyzán el 12/02/04.

4º POL/PAR. 6/92 N° NUM002 PROPIETARIOS Maximino Hipolito Y Adolfin Tatiana compraron a TELYZAN el 22/08/2005.

5º POL/PAR. 6/97 N.º NUM003 Propiedad de Hermenegildo Prudencio y Amparo Herminia . Comprada el 22/02/2005.

6º POL/PAR. 6/104 N° FINCA NUM004 PROPIETARIO: Mauricio Marino Y Flor Custodia . Comprada el 16/06/2003.

7º POL/PAR. 6/113 N° FINCA NUM005 Raul Sergio Y Eloisa Elsa . Comprada el EP 23/04/2004.

8º POL/PAR. 6/427 N° FINCA NUM006 PROPIETARIOS Gerardo Laureano Y Catalina Lina . Comprada a Telyzán el 11/05/06.

9º ANEXO 32. POL/PAR. 6/533 N° FINCA 4565 PROPIETARIO: TELYZAN S.L. Adquirida mediante escritura pública de fecha 22/05/2204.

10º ANEXO 38. POL/PAR 6/582 N° FINCA NUM007 N PROPIETARIO: Casiano Cesareo Y Consuelo Tatiana . Adquirida de la herencia testada de Gerardo Borja , quien vende a Telyzán S.L. el 08/03/05 quien vende DIRECCION001 ante el Notario de Ayora el 23/03/2006 por 1250 euros.

11º ANEXO 40. POL/PAR 6/598 N° FINCA NUM008 PROPIETARIO: Arturo Teofilo Y Estibaliz Celestina . La compraron en escritura pública de fecha 4/11/2004.

12º ANEXO 43. POL/PAR 6/631 N° FINCA NUM009 PROPIETARIO: Faustino Gines . El 03/07/03 la compraron a Gemma Carla y Jorge Julian quienes el mismo día la venden al Sr. Faustino Gines , quien falleció en Zarra en el año 2005, pasando a ser de su esposa por herencia testada, quien a su vez lo vendió a su hijo Faustino Gines el 25/07/2007.



13ª ANEXO 44 POL/PAR 6/638 N° FINCA NUM010 PROPIETARIO: Primitivo Hermenegildo Y Eulalia Yolanda , Primitivo Hermenegildo Eulalia Yolanda la compraron de Encarna Laura y esposo en escritura pública de 14/03/2005.

14ª ANEXO 46 POL/PAR. 6/640 N° FINCA NUM011 PROPIETARIOS: Hilario Santos Y Monica Zaida . Miguel Justino compró la parcela en escritura pública a los Jorge Julian el 28/10/2005 y este vendió la casa el 19/12/2007.

15ª ANEXO 47. POL/PARC. 6/642 N° FINCA NUM012 PROPIETARIO: Mario Angel Y Maribel Ofelia . Mario Angel Maribel Ofelia compraron la parcela a Jorge Julian y Gemma Carla el 15/06/04.

16ª ANEXO 48. POL/PAR. 6/643 N° FINCA NUM013 PROPIETARIOS: Felicidad Brigida Y Aquilino Arcadio . Jorge Julian segregaron esta parcela de otra mayor y lo vendieron a los Felicidad Brigida Aquilino Arcadio el 13/01/04.

17ª ANEXO 49. POL/PAR 6/656 N° FINCA NUM014 PROPIETARIO Anibal Remigio Y Rita Diana . Compraron en Escritura Pública de fecha 15/09/2006.

18ª ANEXO 50. POL/PAR 6/662 N° FINCA NUM015 PROPIETARIO Romeo Ovidio . Tierra regable con olivos adquisición por herencia testada por Leoncio Segundo quien vendió el 13/05/2004 a Romeo Ovidio por escritura pública.

19ª ANEXO 51. POL/PAR 6/665 N° FINCA NUM016 PROPIETARIO Modesto Torcuato Y Nieves Teodora . Compraron la parcela a Telyzán S.L. el 01/12/2004, esta a su vez había comprado el 2/05/04 a Rodolfo Mario .

20ª. ANEXO 57. POL/PAR 6/957 N° FINCA 4575 PROPIETARIO TELYZAN S.L.

Telyzán S.L. compró a Aurelio Modesto ante el Notario de Ayora el 1/03/05 junto a varias parcelas más.

21ª. ANEXO 66. POL/PAR 7/96 N° FINCA NUM017 " DIRECCION000 ". PROPIETARIO Cesareo Victorio Y Francisca Visitacion . Compraron la parcela a Josefa Graciela en escritura pública de 20/06/2003.

22ª. ANEXO 70. POL/PAR 7/153 N° FINCA NUM018 PROPIETARIO Desiderio Victoriano Y Angela Milagros . Compraron la parcela mediante escritura pública de fecha 04/03/2004.

23ª. ANEXO 71. POL/PAR 7/155 N° FINCA NUM019 PROPIETARIO Erasmo Mauricio Y Angustia Yolanda . Compraron la parcela en escritura pública de fecha 07/01/2004.

24ª. POL/PAR 7/211 N° FINCA NUM020 PROPIETARIO Luis Pelayo Y Genoveva Gregoria . Compraron la parcela a Telyzán SLU en escritura pública de 30/12/2005 quien a su vez había comprado a Aurelio Modesto en escritura de 01/03/2005.

25ª. ANEXO 73. POL/PAR 7/217 N° FINCA NUM021 PROPIETARIO Belarmino Iñigo Y Candida Amelia . Estos compraron mediante escritura pública de 07/06/2007 con la casa ya construida. La parcela la compraron el 1/12/2003 Candido Angel y Elena Benita , siendo esta última quien la trasmitió a los Belarmino Iñigo Candida Amelia .

SEGUNDO.- "Sobre la compraventa de parcelas y viviendas".

A partir del año 2003, de Zarra se produjo la compraventa de parcelas en los polígonos NUM022 , NUM023 y NUM024 , donde fueron construidas viviendas unifamiliares por distintos constructores, en algunas de cuyas operaciones intermediaron los también acusados, Jorge Julian como administrador único de la mercantil Ayora Valley Properties S.L. en concreto en once y Gregoria Gemma administradora única de Hills and Valley Properties S.L. en concreto en nueve. De estas algunas viviendas habían sido construidas por Telyzán SLU o se les ofrecía la posibilidad de que esta empresa construyera la vivienda. Principalmente la promoción y venta de las viviendas se hacía entre ciudadanos extranjeros, mayoritariamente de nacionalidad inglesa, a quienes se les decía que transcurridos cuatro años podían inscribir la vivienda en el Registro de la Propiedad, como así sucedió en algunos casos.

TERCERO.-"Sobre la concesión de licencias".

Desde el año 2003 y sobre todo durante el año 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Zarra, cuyo Alcalde era el acusado Alexander Urbano , concedió por unanimidad y con el voto favorable de este, más de 50 licencias para construir chalets en suelo no urbanizable, muchas de las cuales eran solicitadas por su hijo el acusado Cecilio Oscar , a través de la empresa que él mismo había fundado Telyzán SLU, y así lo hizo en los siguientes:

a) Pleno de 30/04/03, Licencia solicitada por el Sr. Sebastian Narciso para construir vivienda unifamiliar en la parcela NUM025 .

b) Pleno de 25/09/03:



- NUM026 Pedida por Edemiro Constantino .
- NUM027 " por Mauricio Marino para enganche de agua.
- NUM028 " por Norberto Joaquin .
- NUM029 " por Carlos Leandro para reparaciones exteriores.
- NUM030 " por Manuela Blanca para enganche de agua.
- NUM031 " por Regina Begoña para obra de vallado.
- NUM032 " por Jacinto Florencio para construcción de vivienda.

c) Pleno de 13/11/03:

- NUM033 Pedida por Teodosio Amadeo para construir un trastero.

3.- En el año 2004:

a) Pleno de 18/02/04:

- NUM034 : Pedida por el Sr. Roman Oscar para construcción de una casa.
- NUM035 : Pedida por Araceli Felicidad para construcción de una casa.
- NUM036 : Pedida por Nicolas Genaro para construcción de una casa.
- NUM037 : Pedida por Aquilino Arcadio para construcción viv. unifamiliar.
- NUM038 : Pedida por Candido Angel para construcción viv. unifamiliar.

b) Pleno de 19/05/04:

- NUM039 : Pedida por Baldomero Federico para línea eléctrica y construcción casa.
- NUM040 : Pedida por Roman Oscar para ampliación de casa.
- NUM029 : Pedida por Carlos Leandro para línea eléctrica.
- NUM041 : Pedida por Ernesto Ruben para plataforma hormigón.
- NUM042 : Pedida por Anibal Remigio para construcción de vivienda.
- NUM043 : Pedida por Baldomero Federico para enganche de agua.
- NUM033 : Pedida por Teodosio Amadeo .
- NUM044 : Pedida por Desiderio Victoriano para agua.

c) Pleno de 29/07/04

- NUM036 : Pedida por Nemesio Gabriel para muros de cerramiento.

7/282: Real Spanish Houses para construcción de una casa.

7/308: Real Spanish Houses para construcción de una casa.

d) Pleno de 25/11/04: NUM030 : pedida por Manuela Blanca .

f) Pleno de 22/12/04: todas las licencias concedidas en este pleno tienen reparo de legalidad por parte del técnico del Ayuntamiento.

- NUM045 : Solicitada por Gemma Carla para vivienda unifamiliar aislada.
- NUM046 : Solicitada por Gemma Carla para vivienda unifamiliar aislada.
- NUM047 : Solicitada por Gemma Carla para vivienda Unifamiliar aislada.
- NUM048 : Solicitada por Gemma Carla para vivienda unifamiliar aislada.
- NUM049 : Solicitada por Evangelina Nicolasa para construcción de casa.
- NUM050 : Solicitada por Luz Leticia para vivienda.
- NUM051 : Pedida por Ivan Hilario para vivienda.
- NUM052 : Pedida por Felix Isaac para vivienda.

6/90: Pedida por Telyzán para construcción de una casa.



6/92: Pedida por Telyzán para construcción de una casa.

6/427: Pedida por Telyzán para construcción de una casa.

NUM053 : Pedida por Luciano Epifanio construcción casa.

NUM054 : Pedida por Ernesto Ruben para construcción de una casa.

6/582: Pedida por Telyzán SLU para construcción de vivienda.

NUM041 : Pedida por Ernesto Ruben para construcción de vivienda.

NUM055 : Pedida por Evangelina Nicolasa para construcción casa.

6/638: Pedida por Telyzán SLU para construcción de vivienda.

6/639: Pedida por Telyzán SLU para construcción de vivienda.

NUM056 : Pedida por Everardo Olegario para construcción de vivienda.

NUM057 : Pedida por Alfredo Indalecio para enganche de agua y construcción de vivienda.

NUM058 : Pedida por Arcadio Argimiro para estructura casa.

6/957: Pedida por Telyzán para construcción de una casa.

NUM059 : Pedida por Rosana Pura para construcción de una casa.

7/211: Pedida por Telyzán para construcción de una casa.

Todo ello pese a haber sido advertido por el arquitecto municipal en los términos siguientes:

1) En los expedientes: NUM060 , NUM061 , NUM062 , NUM063 , NUM064 , NUM065 , NUM066 , NUM067 , NUM068 , NUM069 , NUM070 , NUM071 , NUM072 , NUM073 , NUM074 , NUM075 , NUM076 , NUM077 , NUM078 , NUM079 , NUM079 , NUM080 sí lo tiene en el siguiente sentido: *"las obras solicitadas se encuentran emplazadas en suelo no urbanizable común, por lo que les son de aplicación la Ley del Suelo no urbanizable de la Comunidad Valenciana (Ley 4/92 de 5 de junio) en la que se establece la necesidad de obtención de licencia previa del órgano competente de la Generalitat para la concesión de la municipal de obras que supongan arquitectura permanente en suelo no urbanizable. No obstante, el Alcalde- Presidente acordará lo que estime más procedente"*.

2) Y desde la licencia NUM081 a NUM082 , con el siguiente *" Las obras expresadas en la instancia se ubican en una parcela situada en suelo no urbanizable común en el planeamiento vigente, siéndoles de aplicación lo dispuesto en el art. 21 de la nueva Ley 10/2004 de 9 de diciembre, de la Generalitat Valenciana , del Suelo no urbanizable. En virtud de lo dispuesto en dicha Ley, la superficie mínima de la parcela deberá ser de una hectárea de superficie (10.000 m²) y no formarán núcleo de población. Según los datos existentes en las oficinas municipales, la parcela sobre la que se solicitan las obras tiene una superficie notablemente inferior a los 10.000 m² mínimos determinados en la Ley 10/2004 y además no se acompaña la documentación técnica necesaria para la ejecución de las obras (proyecto técnico). Por lo anteriormente expuesto se considera que debería denegarse la licencia solicitada"*. »

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«PRIMERO: ABSOLVER a los acusados Alexander Urbano , Cecilio Oscar , Jorge Julian y Gregoria Gemma del delito continuado de estafa agravada por el que venían acusados.

SEGUNDO: CONDENAR al acusado Cecilio Oscar como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado contra la ordenación del territorio con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de prisión de un año y dos meses con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de dieciséis meses responsabilidad subsidiaria del artículo 53 del Código Penal , e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de un año y seis meses.

TERCERO: CONDENAR al acusado Alexander Urbano como criminalmente responsable en concepto de cooperador necesario de un delito continuado contra la ordenación del territorio con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de prisión de un año y dos meses con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de dieciséis meses con cuota diaria de doce euros y responsabilidad subsidiaria del artículo 53 del Código Penal ; y como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de prevaricación urbanística con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de prisión de un año y dos meses con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, multa de dieciséis meses con cuota



diaria de doce euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 del Código Penal e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años.

CUARTO: Declarar de oficio un tercio de las costas, así como la mitad de otro tercio, condenado al pago de un tercio de las costas a Alexander Urbano y la mitad del otro tercio a Cecilio Oscar .

QUINTO: Notifíquese la presente sentencia a la Comisión Territorial de Urbanismo de la Consellería de Territorio de la Comunidad Valenciana para que adopte las medidas que resulten procedentes dentro de sus competencias con la finalidad de restablecer la legalidad urbanística infringida.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone, abonamos a los acusados todo el tiempo que han estado privados de libertad por esta causa si no lo tuvieron absorbido por otras».

TERCERO.- En fecha diez de febrero de 2017 la Audiencia dictó Auto de aclaración de sentencia que contiene la siguiente parte dispositiva:

« **Aclarar el fallo** la sentencia n°32/2017 de 23 de enero recaída en el presente procedimiento en el siguiente sentido:

a) Añadir en el apartado segundo que la cuota de la pena de multa impuesta a D. Cecilio Oscar es *"de doce euros diarios"*.

b) Añadir en el apartado tercero que la inhabilitación especial impuesta a D. Alexander Urbano viene referida a: *"la privación del cargo efectivo de Alcalde electo, que desempeñaba durante la comisión de los hechos y que sigue desempeñando en la actualidad, junto con el tratamiento anejo al cargo, uso de medallas o distintivos cualesquiera; honores que le sean anejos, cobro de percepciones, dietas, recompensas o indemnizaciones, y cualesquiera otros emolumentos con cargo a fondos públicos que se encuentren previstos en la legislación de régimen local, debiendo extenderse a la incapacidad para obtener el mismo cargo, u otros análogos de prestación de servicios en régimen funcional en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local" ».*

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representaciones procesales de D. Alexander Urbano y D. Cecilio Oscar que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal y las representaciones legales de los recurrentes formalizaron el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Recurso de D. Alexander Urbano

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la Presunción de Inocencia a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución Española, así como de consuno el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y el derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Carta Magna .

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto se ha vulnerado el derecho fundamental de mi mandante al non bis in idem, principio derivado del de legalidad previsto en el art. 25.1 de la Constitución Española, en relación con el derecho a la libertad - art. 17 de la Carta Magna -, vista la infracción legal de lo dispuesto en el art. 8 del Código Penal .

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el principio acusatorio.

Motivo Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal (art. 25.1 de la Constitución) y lesión del derecho a un proceso justo y a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y art. 6 del Convenio de Derechos Humanos .

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1° de La Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 319.2 y 74.1° del Código Penal, relativos a un delito continuado contra la ordenación del territorio.



Motivo Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr , por aplicación indebida del art. 28 párrafo 2º b) en relación con el art. 319.2, ambos del Código Penal .

Motivo Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 320.2 del Código Penal .

Motivo Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del artículo 320.2 CP en relación con la pena prevista.

Motivo Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por aplicación indebida del art. 66.1.2º del Código Penal , en relación con el art. 21.6 de igual Código. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio non bis in idem.

Recurso de Cecilio Oscar

Motivo Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española .

Motivo Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

Motivo Tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y del Derecho de Defensa, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española .

Motivo Cuarto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 319.2 C.P .

Motivo Quinto.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 28 b) C.P .

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión de los recursos e impugnó subsidiariamente de fondo los motivos de los mismos, interesando su desestimación, salvo respecto del motivo cuarto y octavo del recurso de Alexander Urbano en el que apoya la supresión de la pena de multa impuesta por el delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP ; quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por providencia de esta Sala se señala el presente recurso para vista y fallo el día 6 de febrero de 2018, celebrándose la misma con la asistencia del letrado recurrente, D. Francisco Javier Boix Reig en defensa de D. Alexander Urbano que informa sobre los motivos de su recurso, solicitando su estimación; D. José María Calatayud Barona en defensa de D. Cecilio Oscar que informa igualmente sobre los motivos de su recurso y la Sra. Fiscal, Dª Mª Ángeles Montes Álvaro que se reitera en su escrito de instrucción e informa apoyando parcialmente los motivos 3º, 4º y 8º.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR. - En síntesis, el presupuesto fáctico parte de un acuerdo entre Alexander Urbano , Alcalde de la localidad de Zarra, y su hijo Cecilio Oscar , administrador y socio único de la entidad Telyzán SLU (fundada por el primero que vendió las participaciones sociales de la misma al segundo en marzo de 2003) para construir a través de esa entidad, viviendas en los polígonos NUM023 y NUM024 de ese término municipal, en terrenos que tienen la calificación de suelo no urbanizable común, en parcelas notablemente inferiores a diez mil metros cuadrados, amparadas en licencias que se fueron otorgando a partir de abril de ese año, por el Pleno municipal de Zarra, por unanimidad, tras Decreto provisional con visto bueno del Alcalde, a pesar de ser consciente de los reparos de legalidad del arquitecto técnico municipal; llegando a ejecutar materialmente, al menos, 25 edificaciones destinadas a viviendas en diversas parcelas de esos polígonos.

Sobre cuya base se condena a Cecilio Oscar como autor de un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP y a Alexander Urbano , como cooperador necesario de un delito continuado contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP y autor de un delito continuado de prevaricación urbanística del art. 320.2 CP . Resolución que recurren en casación ambos acusados.

Recurso de D. Alexander Urbano

PRIMERO. - El primer motivo que formula este recurrente es por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento



Criminal , por cuanto afirma, se ha vulnerado en el presente procedimiento el derecho fundamental a la presunción de inocencia a que se refiere el artículo 24.2 de la Constitución Española , así como de consuno el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española y el derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Carta Magna .

1. Argumenta su motivo sobre tres pilares: a) la carencia de prueba sobre el acuerdo con su hijo Cecilio Oscar para construir determinadas construcciones en los polígonos NUM022 , NUM023 y NUM024 de Zarra; b) el conocimiento del carácter no autorizable de las construcciones, como elemento típico del delito del art. 319.2 CP ; y c) que las licencias no fueron concedidas por el recurrente sino por el Pleno municipal.

2. La prueba del acuerdo, sin embargo, es conclusión inferencial, obtenida conforme a criterios lógicos por el Tribunal de instancia, a partir de la prueba directa de los siguientes hechos base:

i) la empresa Telyzán, fue constituida por el acusado Alexander Urbano y otras personas el 23 de noviembre de 2000, figuraba éste como administrador mancomunado desde su constitución y administrador único desde el 7 de octubre de 2002 hasta el 7 de marzo de 2003;

ii) en esas fechas, mayo de 2003, casi sin solución de continuidad, se conceden por el Municipio del que Alexander Urbano es Alcaldé, Zarra, con una población inferior a quinientos habitantes, las primeras licencias a Telyzán, solicitadas por el administrador único de la misma, Cecilio Oscar , hijo de aquel, para ejecutar viviendas individuales;

iii) desde esa fecha se produce un auge de construcciones unifamiliares en las parcelas NUM022 , NUM023 y NUM024 de ese municipio, donde si bien edificaban otros constructores, el mayor porcentaje correspondía a Telyzán SLU;

iv) respecto a los ejercicios precedentes, Telyzán en el año 2001 declaró ventas por importe de 356.975'02 €, derivada de sus relaciones con otras empresas siendo la principal Compañía Levantina de Edificaciones y Obras con un importe de 187.341'06 € y el Ayuntamiento de Zarra por importe de 94.750'15 €, pero ninguna relación con particulares; y en el año 2002 declaró unas ventas de 443.206'26 €, igualmente a Electrificaciones Costa Levante S.A. 262.111'88 € y el Ayuntamiento de Zarra 28.340'33 €, tampoco contrató con particulares;

v) en el año 2003 declaró unas ventas por importe de 810.394'74 €; deja tener relación con las empresas con las que contrataba los últimos años, y declara ventas a particulares relacionados con las construcciones en Zarra por obras y servicios y al Ayuntamiento de Zarra en un porcentaje del 75'46% de la cantidad declarada y el resto por ventas a otros constructores y particulares; en el año 2004 declara unas ventas de 971.261'11 €, con la misma estructura, el 87'80 % por obras a particulares relacionados con la construcción en Zarra o el Ayuntamiento y el resto otras ventas a empresas y particulares; en el año 2005 declaró unas ventas de 702.836'23 €, el 60'54% por obras a particulares relacionados con la construcción en Zarra o con el Ayuntamiento; en el año 2006 declaró unas ventas de 578.452'26 € correspondientes en un 80% a obras relacionadas con Zarra o con el Ayuntamiento; y en el año 2007, declaró unas ventas de 408.986 € cuyo 75'33% a particulares relacionados con la construcción en Zarra y el Ayuntamiento.

De donde, concluye así la resolución recurrida: "no cabe más que deducir que existe una relación directa entre la adquisición de las participaciones sociales de Telyzán SL por parte de D. Cecilio Oscar , convirtiéndose en Telyzán SLU a partir de ese momento, y la actividad constructiva de esta en la localidad de Zarra, al tiempo que el Pleno Municipal de Zarra del que forma parte el padre de este, Alexander Urbano , empieza a conceder licencias urbanísticas para autorizar la construcción en los polígonos NUM022 , NUM023 y NUM024 de Zarra, todas ellas en parcelas cuya extensión era inferior a diez mil metros cuadrados". Inferencia conforme con las reglas de la lógica y máximas de la experiencia, ponderando además el cambio de destinatarios de las obras de la mercantil, dirigida ahora a viviendas individuales, y además concentrada en un municipio con una población de apenas cuatrocientos habitantes.

3. En cuanto al conocimiento de "no autorizable", de dichas construcciones, resulta de la propia admisión del recurrente que asiente estar al corriente de las reservas de legalidad presentadas por el arquitecto técnico municipal. Con independencia del alcance y contenido de dicha locución, luego analizada, a los efectos de este motivo, baste reseñar que en todo caso, el desconocimiento exacto de la calificación jurídica que merece su proceder constituye un error de subsunción penalmente irrelevante, que no impide la responsabilidad penal del agente conforme a la calificación jurídico-penal correcta, pues dicha responsabilidad penal no requiere el conocimiento de la subsunción jurídica precisa, sino únicamente el de la ilicitud de la conducta; de la que era plenamente consciente, a través de los reparos de legalidad referidos.

Sin que integre causa de justificación alguna, la afirmación de que pese a su ilicitud, era práctica corriente; y que a los demás constructores en parcelas rústicas de esos concretos polígonos de Zarra, no han sido condenados. Las causas han podido ser múltiples, como por ejemplo los insuficientes vestigios que



permitieran la acreditación del elemento subjetivo o cualesquiera otra; pero en todo caso, esta Sala tiene establecido (vd. entre otras 439/2017, de 19 de junio o 766/2017, de 28 de noviembre), recogiendo los criterios de la jurisprudencia constitucional sobre esta materia, que el Tribunal Constitucional considera que el principio de igualdad no da cobertura a un "imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de modo que aquel a quien se aplica la ley no puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la norma no se aplique a otros que asimismo la han incumplido, ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos"; de modo que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los otros (SSTC 51/1985 , 40/1989 , 21/1992 , 157/1996 , 27/2001 y 181/2006).

4. En cuanto que las licencias no fueron concedidas por el recurrente sino por el Pleno municipal, con independencia de que más adelante se examinará esta circunstancia desde la perspectiva del principio acusatorio, baste al actual motivo, recordar que la comisión típica del art. 320.2 comprende tanto al que haya resuelto o votado por sí mismo, que como miembro de órgano colegiado; y el recurrente en todos los casos de arbitraria concesión, votó a favor.

SEGUNDO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por cuanto entiende vulnerado el derecho fundamental del recurrente al *non bis in idem* , principio derivado del de legalidad previsto en el art. 25.1 de la Constitución Española , en relación con el derecho a la libertad - artículo 17 de la Carta Magna -, vista la infracción legal de lo dispuesto en el art. 8 del Código Penal .

1. Con carácter subsidiario al precedente motivo, indica que la sentencia construye la concesión de las licencias como el medio que se utiliza para llevar a cabo la "construcción irregular", de forma que la antijuridicidad material habida en las dos infracciones objeto de condena, en el supuesto de autos, es solo una, por lo que no media concurso delictivo, "sino un conflicto de normas por consunción en la que el desvalor propio de la cooperación en el ulterior delito urbanístico se consume en el propio de la prevaricación específica, necesariamente dirigida a tal fin".

El motivo debe desestimarse; esta Sala Segunda ya se pronunció sobre esta cuestión en sentencia núm. 127/2009, de 27 de noviembre , donde expresamente reseñó que la aplicación del art. 320 junto al 319, no conculca el *principio non bis in idem* , pues no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa; y tras denegar expresamente relación de consunción o subsidiariedad, reitera que la aplicación del art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de "desvalores" en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado.

Obvia el recurrente en todo caso, que en virtud del referido acuerdo entre los acusados, cuya acreditación acabamos de afirmar, se infiere adecuadamente en la narración probada que ambos *se pusieron de acuerdo para construir* ; es decir la involucración del recurrente en la actividad constructora por mediata que fuere; es decir, no es sólo su estricta actividad decisoria municipal la que se sanciona en autos.

Ninguno de los dos delitos por los que fue condenado lleva en sí la acción ni el desvalor del otro. Cada uno de ellos protege un bien jurídico distinto, así, el bien jurídico protegido en el artículo 319.2 es la utilización racional del territorio, mientras que el art. 320 es un supuesto especial de la prevaricación del art. 404, al cual específicamente se refiere que tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación; de modo que como hemos reiterado, garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, con el fin de evitar el "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE .

En la citada sentencia 127/2009, de 27 de noviembre , respecto de una obra realizada en unos terrenos incluidos en el tipo penal del artículo 319.1 deniega que opere concurso medial; y si bien lo justifica en la insuficiencia de la preordenación psíquica, lo cierto es que, como informa la acusación pública en su escrito de impugnación, ambos delitos pueden ser cometidos sin ninguna relación del uno con el otro pues cabe la prevaricación urbanística mediante la concesión de las licencias ilícitas sin que el responsable de la resolución administrativa participe en la posterior construcción ilegal; mientras que la prevaricación se consume con la resolución administrativa, y seguirá existiendo delito aunque posteriormente no se realicen las construcciones. De otra parte, cabe realizar construcciones ilegales sin licencia alguna, legal o ilegal. Por tanto no existe un concurso de normas, sino de delitos, sin que ninguno de ellos sea medio necesario para la comisión del otro, por lo que concurren en modalidad real.



TERCERO. - El tercer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en relación con el principio acusatorio.

1. Afirma tal lesión, en relación a tres concreciones, siempre referidas al delito de prevaricación específica: a) correlación entre establecimiento del título de imputación y la condena en la autoría de ese delito; b) delimitación del alcance de la pena de inhabilitación especial; y c) imposición de la pena de multa.

2. Respecto al título de imputación subjetivo, afirma el recurrente, se basa fácticamente en la atribución del dictado personal de decretos concediendo licencias y en relación con dicho extremo se articuló la defensa, acreditando documental y testificalmente que no fue así, sino que las licencias las concedía el pleno por unanimidad; mientras que la condena no recoge dicho contenido fáctico de la imputación subjetiva objeto de acusación, sino que se condena al recurrente por formar parte, como Alcalde, del Pleno que acuerda las licencias por unanimidad y, por tanto, como todos, votó favorablemente.

En las conclusiones del Ministerio Fiscal se recogía: *El acusado en el ejercicio de sus competencias por Decreto de Alcaldía, conforme al art. 21.1.q de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local, concedió las licencias, pero con la finalidad de disipar su responsabilidad daba cuenta en el pleno del Ayuntamiento de las mismas sin advertir de que se trataba de licencias para construir en suelo no urbanizable y que parte de ellas las iba a construir la empresa de su hijo que había constituido el propio alcalde.*

Los hechos probados, recogidos en la sentencia, pese a las aseveraciones del recurrente, no difieren en ningún elemento esencial, pues no niegan la competencia del Alcalde normativamente establecida en la norma citada y aluden al Pleno: *Desde el año 2003 y sobre todo durante el año 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Zarra, cuyo Alcalde era el acusado Alexander Urbano, concedió por unanimidad y con el voto favorable de este, más de 50 licencias para construir chalets en suelo no urbanizable, muchas de las cuales eran solicitadas por su hijo el acusado Cecilio Oscar, a través de la empresa que él mismo había fundado Telyzán SLU.*

En la fundamentación, en la valoración de la prueba, se explica la identidad fáctica de ambos relatos cuando los testigos describían el procedimiento: *venía el interesado presentaba el presupuesto de obras, hacían un Decreto provisional y luego se llevaban al pleno.* Además se explica que si bien el Decreto lo firmaba un Concejal delegado, llevaba el visto bueno del Alcalde, como obra reiteradamente en la documental incorporada a autos, y en todo caso, era el Alcalde quien lo presentaba al Pleno (pese los reparos de legalidad) y quien contestaba a las preguntas que la concesión de la licencia suscitase; y efectivamente la concesión en esa época se aprobaba por unanimidad, votando a favor incluso la oposición.

En definitiva, además de ser cierta su intervención en el Decreto de concesión provisional de la licencia y su actividad en el Pleno al presentar la solicitud, en modo alguno es apreciable diferencia sustantiva, que determine un cambio de imputación, ni precise estrategia diversa de defensa. En el relato acusatorio, ya se hace referencia tanto a la actividad del Alcalde previamente al Pleno, como en el Pleno y su incidencia en la consecución de la licencia. No media quebranto alguno del principio acusatorio.

Ya la STC 73/2007, de 16 de abril, citada con frecuencia en las resoluciones de esta Sala, se afirma que: "la sujeción de la condena a la acusación no es tan estricta como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no existe infracción constitucional cuando el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse el acusado para contradecirlo en su caso (por todas, SSTC 10/1988, de 1 de febrero; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 71/2005, de 4 de abril; 266/2006, de 11 de septiembre). A ello responden los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad en la calificación jurídica, esto es, a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos, que la acusación por un determinado delito posibilita per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él (STC 225/1997, de 15 de diciembre). Y por eso hemos afirmado que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse en un debate contradictorio con la acusación (SSTC 225/1997 de 15 de diciembre; 278/2000, de 27 de diciembre; 170/2002, de 30 de septiembre; 189/2003, de 27 de octubre; 145/2005, de 6 de junio; 262/2006, de 11 de septiembre)".

Y como hemos transcrito, en las conclusiones de la acusación, se recogía la actividad del recurrente, tendente a la concesión de las ilícitas licencias, (solicitadas para la constructora de cuyas participaciones hogafío



titularidad de su hijo, unos meses antes eran propias), tanto con anterioridad al Pleno municipal, como en el Pleno. Ninguna indefensión es predicable.

3. En cuanto a la delimitación de la pena de inhabilitación, afirma que solicitada aclaración por el recurrente, la Audiencia en su Auto de 10 de febrero de 2017 infringe el principio acusatorio al recoger extensiones no solicitadas por el Ministerio Fiscal, y sin darle siquiera derecho a contradicción.

La sentencia se limitó a indicar, en este concreto apartado, que condenaba al recurrente a la pena de *inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho años*; y en virtud de la aclaración solicitada por el recurrente, en el auto subsiguiente, argumenta que lo define referido "al que ejercía el condenado al tiempo de la comisión de los hechos y las responsabilidades, cargos y honores relacionados con el mismo"; si bien en la parte dispositiva lo concreta del siguiente modo:

la inhabilitación especial impuesta a D. Alexander Urbano viene referida a: *"la privación del cargo efectivo de Alcalde electo, que desempeñaba durante la comisión de los hechos y que sigue desempeñando en la actualidad, junto con el tratamiento anejo al cargo, uso de medallas o distintivos cualesquiera; honores que le sean anejos, cobro de percepciones, dietas, recompensas o indemnizaciones, y cualesquiera otros emolumentos con cargo a fondos públicos que se encuentren previstos en la legislación de régimen local, debiendo extenderse a la incapacidad para obtener el mismo cargo, u otros análogos de prestación de servicios en régimen funcional en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local" ».*

Consecuentemente, no media quebranto del principio de contradicción, pues es el propio recurrente quien insta la 'aclaración', ni tampoco del principio acusatorio, pues el enunciado de la petición acusatoria, no resulta desbordado, aunque ciertamente sea discutible la especificación realizada de esa petición de pena genérica.

Aunque sí media ciertamente, infracción de norma legal, el artículo 42 del Código Penal, indebidamente aplicado en la referida concreción de la pena; y si bien, no ha sido expresamente invocado el art. 849.1 LECr, es obvia la voluntad impugnativa al respecto, que determina su análisis.

Hemos reiterado (vd. STS núm. 314/2017, de 3 de marzo) que una cosa es que la imposición de la pena principal de inhabilitación especial no haya de argumentarse, más allá del juicio de subsunción del comportamiento analizado en uno de los tipos penales que contemplan esa sanción como ineludible, y otra bien distinta es que, aún en esos supuestos, habrán de especificarse las actividades a las que se refiere la inhabilitación, pues la inhabilitación especial -accesoria o principal- no tiene un alcance general, sino que sólo se proyecta respecto del empleo o cargo sobre el que recaiga, el cual debe especificarse en la sentencia, tal y como se recoge en el artículo 42 del Código Penal y como exige el derecho a la tutela judicial efectiva, manifestado en la motivación y concreción de la pena que se impone.

Pero a su vez, respecto a la concreción del alcance de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, la jurisprudencia de esta Sala tiene proclamado que la inhabilitación especial no tiene por fundamento la privación selectiva de concretas parcelas funcionariales, sino que su significado -como pena restrictiva de derechos- mira de modo preferente al empleo o cargo público como tal, esto es, al título jurídico que habilita, tanto para el ejercicio de las ocupaciones laborales básicas, como a cualquiera otras de carácter temporal que puedan estarle vinculadas; esto es, que a la hora de definir el contenido de la inhabilitación, ésta ha de conectarse con la función raíz o la actividad que está en el origen del delito, no con los desempeños puramente ocasionales (SSTS 695/2012 de 19 de septiembre; 887/2008, de 10 de diciembre).

Y en autos, las funciones en cuyo ejercicio se perpetraron los comportamientos delictivos, no fueron las derivadas de una situación funcional concreta, que permita proyectar la inhabilitación para la 'prestación de servicios en régimen funcional'; de modo que tal proyección de la inhabilitación para obtener además del mismo cargo, los análogos al mismo, a los que provengan de cualquier origen del cometido funcional de los enumerados en el art. 24 del Código Penal, resulta indebida, de conformidad con la doctrina jurisprudencial enunciada; debiendo restringirse por tanto a los de procedencia electiva; si bien, en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local; pues es adecuada consecuencia que aquella persona que se ha servido de su cargo electivo de naturaleza política para delinquir, se le impida su acceso a cualquier otro cargo público electivo durante el tiempo de la condena; carecería de toda lógica que se le permitiera acceder a otros cargos electivos, bien de la Comunidad Autónoma o del Estado, lo que dejaría sin contenido el expreso mandato del art. 42 CP (STS 436/2016, de 23 de mayo).

4. Por último indica que el Fiscal no interesó la pena de multa por el delito de prevaricación urbanística del art. 320.2 CP, por lo que su imposición viola el principio acusatorio.

Efectivamente así fue y el motivo ha de estimarse; el Ministerio Fiscal contemplaba la redacción del art. 320 en el momento de autos, anterior a la redacción otorgada por la LO 5/2010. Cuestión que entronca con el motivo siguiente.



CUARTO. - El cuarto motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal (art. 25.1 de la Constitución) y lesión del derecho a un proceso justo y a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución y art. 6 del Convenio de Derechos Humanos .

1. Recuerda que la sentencia le impone como autor de un delito del artículo 320.2 del Código Penal , además de la pena de inhabilitación, pena de prisión y pena de multa; cuando el texto vigente al momento de los hechos (las licencias se centran en 2003-2004) es el del Código Penal de 1995 (en todo caso muy anterior a la reforma de 2010), que imponía las penas de prisión y multa como alternativas, no de modo conjunto. De tal manera que, concluye, al aplicarle la penalidad prevista en la redacción actual, la Audiencia le aplica retroactivamente una legislación más desfavorable.

Y además añade, el Tribunal debió hacer un ejercicio de ponderación, por razones de prevención especial y motivar en sentencia las razones de su elección ante la alternativa conminativa.

2. Aunque la extensión de la pena de prisión que se pondera es la que corresponde al momento de los hechos, de modo que la inclusión de la pena de multa, más bien parece consecuencia de un error propiciado por la aparente simetría con la pena establecida para el delito de prevaricación, el motivo debe ser estimado, pues los hechos (las licencias se centran en 2003-2004) se cometen bajo la vigencia de la redacción original del artículo 320 del actual Código Penal de 1995 , con notoria antelación a la reforma de 2010. Aquella redacción establecía que la pena a imponer puede ser de prisión o multa, siendo a partir de la reforma de 2010 que la pena es de prisión y multa, de modo, que efectivamente se ha impuesto la pena establecida en la legislación actual, que resulta más grave, con quebranto de la aplicación retroactiva de normas penales desfavorables (art. 2 CP).

3. Sin embargo, una vez restablecido el principio de legalidad, y resultar de obligada aplicación la redacción anterior de la norma, la mera necesidad consecuente de motivar la elección entre las dos penas alternativas previstas en el redacción original del art. 320.2 CP , prisión o multa, no es la nulidad de la resolución recurrida y devolución al Tribunal sentenciador para que motive la concreción de la alternativa punitiva.

Esta Sala Segunda, ante un déficit motivacional de la individualización de la pena, tanto cuando se recurre por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE , en relación con el artículo 120.3 CE que obliga a la motivación de las sentencias, como es el caso; como cuando se formula por infracción de ley en relación a la aplicación de una concreta norma en la fijación de la pena, ha reiterado que el Tribunal de casación puede subsanar el defecto de motivación, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, si los elementos contenidos en la propia sentencia recurrida permiten motivar la individualización de la pena (vd. SSTs 778/2017, de 30 de noviembre ; 714/2016, de 26 de septiembre ; ó 491/2015, de 23 de julio); en este caso, la elección entre prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

En autos, los reparos de legalidad eran explícitos, el conocimiento de la naturaleza rústica de la parcela en que se autorizaba construir como la extensión insuficiente de las parcelas era también patente y advertido; y a pesar de ello, con obvio desprecio de la legalidad y el buen orden del territorio, se concedían por el recurrente, ciertamente a través del Pleno, donde daba cuenta de las solicitudes, que ya había dado el visto bueno en un Decreto de concesión provisional. La *gravedad conducta ponderada desde su pluralidad*, en cuanto determinaba la formación de un núcleo poblacional, aunque fuere incipiente y discontinuo, uno de los extremos del reparo del arquitecto municipal, determina necesariamente la imposición de pena de prisión; cuya extensión, será determinada ulteriormente al individualizarla desde las reglas contenidas en los arts. 74 y 66 CP .

QUINTO. - El quinto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de La Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de los artículos 319.2 y 74.1º del Código Penal , relativos a un delito continuado contra la ordenación del territorio.

1. Cuestiona el recurrente la resolución de la Audiencia Provincial, en la medida en que se le condena como cooperador necesario del delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP , desde una triple perspectiva:

a) en cuanto que el precepto legal se refiere a "los promotores, constructores o técnico directores" y entre los diversos promotores (todos), técnicos directores (todos) y constructores (todos salvo Telyzán,S.L.) sólo se haya dirigido la acción contra un sujeto activo especial, D. Cecilio Oscar ; b) el tipo exige que las construcciones sean "no autorizables", sin que este extremo haya sido objeto del relato fáctico del escrito de acusación y sucede además que la propia sentencia da cuenta de determinadas construcciones, en estas mismas condiciones, que fueron legalizadas; pues afirma, existen diferentes vías para proceder a legalizar estas construcciones sin que se resienta el núcleo esencial del planeamiento urbanístico; y en todo caso, el bien jurídico protegido no se resiente, pues podría abordarse, más allá de las posibles legalizaciones particulares



de cada construcción, una modificación del planeamiento vigente (pretendido desde hace años y no hecho por problemas acreditados de financiación), se reclasificase, con total respeto al ordenamiento jurídico, las construcciones a suelo urbanizable; e incluso aplicar lo dispuesto en los artículos 210 y 212 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Ordenación del Territorio Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (LOTUP); y c) que exista un delito contra la orden del territorio no basta con la mera contrariedad a la norma administrativa, es preciso que, además, se lesione el interés jurídico protegido, que haya antijuridicidad material; y en autos no resulta acreditado lesión material al bien jurídico protegido, quiebra el principio de ofensividad y enlaza con la negativa de un elemento subjetivo ajeno, la carencia de prueba de la consciencia y voluntad del autor material, el hijo del recurrente, de afectar sustancialmente a los parámetros fácticos de un determinado planeamiento urbanístico que lo haga más sostenible.

2. La queja de ser el hijo del recurrente el único sujeto especial condenado, en nada impide la subsunción de la conducta del recurrente en el tipo del artículo 319.2 CP, que es el objeto de este motivo fundado en error iuris. Valga recordar que este motivo parte de la intangibilidad de la declaración de hechos probados, donde se expresa tanto esa actividad constructiva como la conciencia de la ilegalidad por parte de ambos:

Alexander Urbano alcalde de la localidad de Zarra desde el año 1979, y administrador único de la empresa Telyzán S.L. hasta el día 7 de marzo de 2003 que cesó en su cargo, transmitiendo las participaciones sociales a su hijo Cecilio Oscar quien desde ese momento pasó a ser administrador y socio único de la misma, **se pusieron de acuerdo para construir** desde ese momento, a través de dicha mercantil viviendas en los polígonos NUM022, NUM023 y NUM024 del término municipal, en terrenos que tienen la calificación de suelo no urbanizable común, en parcelas notablemente inferiores a diez mil metros cuadrados, amparadas en licencias concedidas por el Pleno del Ayuntamiento de Zarra desde el 30/04/2003, **pese a conocer que el artículo 10 de la Ley 4/1992 y 21 de la Ley 10/2004 prohibían dicha actividad, llegando a ejecutar materialmente, al menos, 25 edificaciones destinadas a viviendas.**

3. Ni esa soledad en la condena, conlleva una desactivación de la antijuridicidad material de la conducta incriminada. La ofensividad de la conducta de los acusados con grave afectación del bien jurídicamente protegido, esta surge directamente de los propios hechos; como adecuadamente expresa el Ministerio Fiscal en su impugnación; resulta determinada por la construcción indiscriminada de viviendas en suelo rural o rústico con las características expuestas, sin que existan dotaciones preceptivas, supone una alteración del equilibrio que la normativa urbanística impone entre el suelo rústico y urbano, así como la creación de un núcleo poblacional aún cuando fuera constituido de viviendas aisladas entre sí, en este caso contribuyendo sustancialmente con más de veinte viviendas de las setenta y siete construidas en parcelas muy inferiores a las legalmente exigibles, donde no existían los servicios propios de un suelo urbano para dar servicio a una colectividad de personas de un modo sostenible.

En cualquier caso, ya hemos referido como no cabe el principio de igualdad dentro de la ilegalidad.

4. Resta pues, únicamente analizar el concepto de edificación "no autorizable". La interpretación prácticamente literal que el recurrente utiliza de tal locución, dista de ser la típica. Ni el posible cambio de planeamiento, desactiva al antijuridicidad de la conducta; las normas de planeamiento urbanístico, como cualesquiera otras son de obligado cumplimiento. Si la conducta dejara de ser típica, porque la mera posibilidad de cambiar el planeamiento, o la normativa urbanística, vaciaría esta tipología.

De hecho, en autos, todas las edificaciones que motivan la condena se autorizaron, pues contaban con la correspondiente licencia; lo que no desdice la cualidad de las edificaciones de "no autorizables", ni evita su tipicidad. La finalidad de tal requisito normativo, únicamente atiende a no tipificar aquellas construcciones realizadas sin licencia, aunque de haberse solicitado, se habría concedido, en cuanto no afectan al buen orden del territorio, con independencia del ilícito administrativo incurrido por la omisión; o bien, aquellos supuestos donde la no concesión de la licencia derivaba de defecto subsanable en ese momento y en atención a la legislación entonces vigente.

Ciertamente, a través de un recurso de casación, esta Sala no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este elemento normativo; sin embargo, contamos ya con criterio ampliamente reiterado en resoluciones donde denegamos la autorización para interponer recurso de revisión de sentencias firmes condenatorias por delito contra el orden del territorio, para los supuestos donde ulteriormente opera una modificación de los instrumentos de planeamiento; o la parcela en la que se construyó la edificación pasa de suelo no urbanizable protegido a suelo urbano residencial; o incluso cuando por resolución judicial en virtud del deslinde aprobado, la zona de protección de servidumbre marítima donde se construyó, se afirma fuera del dominio público marítimo terrestre.

Así, el Auto de esta Sala Segunda, de 4 mayo 2013, rec. 20296/2012, deniega autorización para interponer recurso de revisión de sentencia condenatoria por delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP y



delito de desobediencia del art. 556 CP , donde en síntesis los hechos que motivaron la condena consistían en una construcción no autorizable dentro de suelo no urbanizable, careciendo de las preceptivas licencias (art. 319.2 CP) y en la persistencia en las obras pese a diversos requerimientos para su paralización que le dirigió la correspondiente autoridad administrativa (desobediencia); denegación que esta Sala Segunda funda no solo en el informe del Ministerio Fiscal: "la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Planeamiento para si es posible de acuerdo a la normativa legalizar la construcción, no varía el carácter de "edificación no autorizable" al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicado. El delito no desaparece por esa intención exteriorizada por el Consistorio de proceder a dicho cambio para tratar de regularizar la zona, que es en definitiva lo que se acuerda como criterio, sin una ejecución concreta ni resultado final"; sino además, porque:

(...) aunque contásemos ya con una plasmación efectiva de esa moción (que es solo eso: exteriorización oficial de una aspiración) y una modificación de los instrumentos de planeamiento en virtud del ius variandi que habilitase el acceso a la legalidad urbanística de tal construcción, ni quedaría acreditada la inocencia, ni sería propiamente un recurso de revisión el cauce para intentar proyectar en los hechos esa vicisitud. Estaríamos en todo caso ante una eventual -y en este caso nada clara- aplicación retroactiva de la legislación extrapenal más beneficiosa que debería hacerse valer por otro medio diferente (art. 2.2 CP). En cualquier caso no sobra adelantar que el principio de retroactividad de las normas que completan las leyes penales en blanco en cuanto resulten favorables al reo tiene muchas matizaciones: incluso en ese eventual escenario futuro, sería más que discutible que la infracción penal desapareciese por efecto de esa posterior reforma de la normativa extrapenal.

(...) solo cuando esa nueva norma extrapenal suponga una valoración distinta de la conducta sancionada será predicable esa aplicación a hechos anteriores . En muchas ocasiones las modificaciones legislativas no implican una nueva valoración jurídica de los hechos por parte del legislador -razón última de la aplicación retroactiva de la legislación extrapenal-, sino puros cambios fácticos que afectan al supuesto de hecho regulado. Entonces, como se ha dicho "pese al cambio normativo producido, continúa cumpliendo perfectamente sus fines preventivos la sanción penal impuesta a un individuo que, en un momento en que determinados bienes jurídicos se hallaban especialmente expuestos al riesgo... realizó una conducta de puesta en peligro relevante de los mismos que todavía hoy se pretende evitar... El comportamiento realizado en un momento anterior continúa estando desvalorado".

Esto sucede frecuentemente en los delitos contra la ordenación del territorio. Se refieren a las normas y condiciones vigentes y exigibles en el momento en que se lleva a cabo la acción. Que posteriormente la normativa varíe esas condiciones no afecta a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone necesariamente una valoración diferente y más benigna de la misma. Lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos . Solo las modificaciones legislativas que obedecen a verdaderos cambios valorativos -el legislador opina que no es necesario seguir protegiendo del mismo modo un determinado bien jurídico o que determinado comportamiento ya no es lesivo para el bien jurídico de manera que no se mantiene la necesidad político criminal de un concreto tipo delictivo-, deben aplicarse retroactivamente si son favorables . Carecen de esa vocación de retroactividad aquellas modificaciones que no afectan al núcleo del injusto, sino a otros elementos típicos. Así, los casos de simulación de delito no quedan afectados por una legislación posterior que destipifique el delito que se simuló. Estas apreciaciones tienen especial virtualidad en relación con las normas extrapenales y en particular con las normas administrativas. En estas ramas del ordenamiento la aprobación de una norma más benigna no implica siempre una disminución de la reprochabilidad de las conductas anteriores. La norma posterior más benigna -utilizando la argumentación de un estudioso del tema- puede venir ocasionada porque la Administración -o la ley- al considerar suficientemente cumplidos los objetivos propuestos con la norma primitiva, mitigue el rigor de las sanciones o las considera innecesarias: resultaría paradójico e injusto que alguien obtuviera un beneficio de un derecho más benigno que ha sido precisamente el fruto de una disciplina colectiva a la que no se sometió el sancionado y no de un cambio valorativo sobre la gravedad de los hechos. Igual sucede con las modificaciones de un régimen administrativo destinado a disciplinar unos requisitos.

En otros países se ha debatido este tema. La doctrina alemana más extendida considera, por ejemplo, que las normas de derecho administrativo en general son a estos efectos salvo excepciones leyes temporales (las modificaciones de la normativa urbanística o de un planeamiento es uno de los ejemplos que se usa: no pueden privar de pena a quién cometió un delito contra la ordenación del territorio). En Italia la Corte Constitucional ha tenido que llegar a pronunciarse -emitiendo un juicio positivo- sobre la legitimidad de una norma que establece la irretroactividad a efectos sancionadores de las normas tributarias posteriores más beneficiosas. Y es que en esos casos el núcleo del injusto persiste.

De igual modo, el Auto de 17 marzo 2014, rec. 20771/2013, deniega autorización para formular recurso de revisión de sentencia condenatoria por delito contra la Ordenación del Territorio, donde se alega que el Pleno del Ayuntamiento de Villarreal ha anunciado la modificación del Plan de Ordenación Urbana y tras su



aprobación se cambiará la clasificación del suelo, pasando de ser el suelo de la parcela en la que se construyó la edificación propiedad de los recurrentes de no urbanizable protegido a suelo urbano residencial, precisando que el fin del recurso es evitar la demolición de las viviendas para no destruir la riqueza de esas cuatro viviendas que de modificarse el Plan de Urbanismo podría volver a construirse. Así argumentábamos:

aunque tal hipótesis se cumpla y posteriormente la normativa administrativa varíe la calificación del suelo ello no afectaría a la antijuricidad de la conducta pasada, ni supone la obligación de una valoración diferente y más benigna de la misma, lo relevante es la normativa que regía en el momento de los hechos, por ello no procede la autorización solicitada por ser manifiestamente inviable la pretensión de revisión que se intenta articular, por que la simple manifestación de voluntad del Consistorio de proceder a modificar el Plan de Ordenación Urbana, que tras su aprobación cambiaría la clasificación del suelo, no varía el carácter de "edificación no autorizable" al tiempo de realizarse los hechos que es lo que exige el tipo penal aplicable. El delito no desaparece por esa intención del Consistorio de proceder a modificar el Plan. Por otra parte la existencia de otras construcciones en las mismas condiciones no acreditan la legalidad de la realizada por los solicitantes.

El Auto de 10 de septiembre 2014, rec. 20190/2014, tiene igual contenido que el ATS 4 mayo 2013, rec. 20296/2012.

Por su parte el Auto de 5 de marzo de 2015, rec. 20019/2015, no autoriza recurso de revisión de sentencia penal donde se afirmaba que la construcción y edificación de aparcamientos y locales comerciales en zona de protección de servidumbre marítima constituía una edificación no autorizable en suelo no urbanizable y condenaba por el delito tipificado en el art. 319.2 CP; aún cuando por sentencia Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2014, dictada en el recurso de casación nº 2258/2011, dictada con posterioridad a la celebración del juicio oral, que aprobó el deslinde de Costas, declaró ajustado a derecho el deslinde que establece que las obras realizadas en ejecución del proyecto ejecutivo de ordenación de la Playa de las Teresitas, están fuera del dominio público marítimo terrestre, como se recoge en el citado informe de la Consejería de Medio Ambiente.

En autos, dada la conculcación grosera de la normativa urbanística descrita, no era posible conceder la licencia para las construcciones realizadas en esas parcelas de suelo rústico de insuficiente extensión; y de ahí su cualidad de "no autorizables"; y consecuentemente, aunque hubiese sido indebidamente concedidas, adolecían de nulidad, sin posibilidad de lícita obtención, al tiempo de su construcción. Carentes de posibilidad de subsanación concorde la legislación entonces vigente, en los concretos supuestos objeto de condena, que permitiera la lícita concesión de la licencia al tiempo de solicitarse, el requisito típico, concurre.

En definitiva, se trataba de edificaciones "no autorizables", por lo que el motivo se desestima.

SEXTO. - El sexto motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr, por aplicación indebida del art. 28 párrafo 2º b) en relación con el art. 319.2, ambos del Código Penal.

1. Niega que le sea predicable la condición de cooperador necesario por el mero hecho de haber transmitido las acciones a su hijo; cuando además su voto era prescindible pues las licencias las concedía el Pleno y las venía otorgando por unanimidad.

2. El motivo no puede prosperar; es reiterada doctrina de esta Sala, que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECr ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Y en el factum, se describe no solo la venta de las participaciones de la sociedad constructora, sino también el acuerdo del recurrente con su hijo **para construir viviendas** en suelo no urbanizable común, en parcelas notablemente inferiores a diez mil metros cuadrados, ejecutadas en un número superior a veinte, amparadas en licencias concedidas por el Pleno del Ayuntamiento de Zarra, con conciencia de su ilegalidad.

A partir de este relato, la sentencia describe dos aportaciones esenciales: en primer lugar, la transmisión de las participaciones sociales de la mercantil Telyzán SL, instrumento empresarial y jurídico que le posibilita la actividad de construcción; que a pesar de que se califica de menor importancia que la segunda, conlleva entidad suficiente para afirmar su necesidad.



La segunda, quizás de menor visualización, dotar a las construcciones de "una falsa apariencia de cumplimiento de la normativa urbanística", que posibilitaba su pacífica ejecución, tanto con la concesión de las licencias (ya hemos descrito varias veces su intervención en el Decreto de concesión provisional, otorgando y rubricando el visto bueno, es decir de hallarse ajustado a la normativa legal y estar expedidos por persona autorizada al efecto; y además presentaba al Pleno su concesión y contestaba las dudas que se suscitasen al respecto), como con la dejación de las competencias en materia de policía urbanística, contaran o no con licencia esas construcciones.

La Jurisprudencia de esta Sala señala que la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse, diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del "concierto previo"; tal cual acontece en autos.

SÉPTIMO .- El séptimo motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 320.2 del Código Penal.

1. Esencialmente reitera que no fue el acusado como Alcalde el que concedió las licencias, sino que simplemente votó con el resto de los ediles.

2. En el tercer fundamento, ya abordamos esta cuestión desde la perspectiva del principio acusatorio; los hechos probados precisan que desde el año 2003 y sobre todo durante el año 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Zarra, cuyo Alcalde era el acusado Alexander Urbano, concedió por unanimidad y con el voto favorable de este, más de 50 licencias para construir chalets en suelo no urbanizable, muchas de las cuales eran solicitadas por su hijo el acusado Cecilio Oscar, a través de la empresa que él mismo había fundado Telyzán SLU.

En la fundamentación, en la valoración de la prueba, se explica el protagonismo de la actuación del Alcalde, que otorgaba el visto bueno al Decreto provisional de concesión y además era quien presentaba la concesión al Pleno (pese a su reconocido conocimiento de los reparos de legalidad) y quien contestaba a las preguntas que la concesión de la licencia suscitase. La arbitrariedad de la concesión dada la grosera conculcación de la normativa urbanística, era diáfana.

Si además, el tipo se comete cuando tanto por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la concesión a sabiendas de su injusticia, el motivo necesariamente se desestima.

OCTAVO .- El octavo motivo lo formula por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 320.2 CP en relación con la pena prevista.

1. Alude a que la pena de multa no estaba prevista como acumulativa en la legislación vigente en el momento de los hechos. Es reproducción del cuarto motivo, si bien bajo el aspecto de infracción de legalidad ordinaria.

2. Como allí expresamos, este motivo debe estimarse.

NOVENO .- El noveno motivo se formula por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art. 66.1.2º del Código Penal, en relación con el art. 21.6 de igual Código. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio *non bis in idem*.

1. Se queja de que si bien se aprecia la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, y se disminuye la pena en un grado para ambos delitos, meramente lo hace en un mes de la pena mínima imponible, con la argumentación de concurrir 24 hechos punibles, lo que en definitiva exaspera el art. 74 CP.

2. Efectivamente, en la sentencia recurrida, tras especial invocación del art. 66 CP, al individualizar la pena de prisión en ambos delitos, la fija por la continuidad, en la mitad superior de la pena de prisión de 6 meses a 2 años, esto es 1 año y 3 meses a 2 años, bajando un grado por la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificada, es decir de 7 meses y 15 días a 1 año y 3 meses, imponiéndosele la pena de 1 año y 2 meses debido a la entidad de la conducta por concurrir 24 hechos punibles.

3. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 21/2008 de 31 de enero, indicaba: Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 C.E., y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE --conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional-- resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad personal (por todas, entre otras muchas, SSTC 43/1997 de 10 de Marzo; 108/2001, de 23 de Abril; 20/2003 de 10 de Febrero; 170/2004, de 18 de Octubre; 76/2007, de 16 de



Abril). Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto (por todas, SSTC 108/2001, de 23 de Abril ; 20/2003, de 10 de Febrero ; 148/2005, de 6 de Junio ; 76/2007, de 16 de Abril)".

Por su parte, esta Sala Segunda (vd. STS 826/2017, de 14 de diciembre), en la ponderación de la gravedad del hecho como criterio individualizador, explícito en el artículo 66 CP , como criterios orientadores ha indicado:

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual-.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.

En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

4. En autos, no se trata tanto de ausencia de motivación, remite de forma escueta, aunque suficiente al hecho de concurrir veinticuatro hechos punibles, sin que suponga una doble desvaloración de la continuidad, pues a esta le bastaba con dos de las veinticuatro infracciones, cuanto una valoración insuficiente, al obviar que estábamos, en la regulación entonces vigente, ante una pena de prisión, configurada como alternativamente a la de multa.

Ciertamente, en la gravedad de la prevaricación urbanística, resulta una circunstancia de especial y primordial relevancia su reiteración, en la elección de la pena de prisión frente a la de multa; en la concesión de una sola licencia indebida para vivienda unifamiliar, sin mayor aditamento circunstancial, tanto desde la perspectiva de la afectación al urbanismo, como de la jerarquía en las infracciones susceptibles de integrarse en la norma, resultaría de difícil motivación la opción privativa de libertad, frente a la pecuniaria.

De ahí, que a la hora de individualizar la pena de prisión, no sea dable ya, utilizar el número de licencias concedidas, que ya sirvió para preterir la pena pecuniaria; y por otra parte, dada su proximidad conminativa a la multa en aquel entonces, baste su imposición en cuantía próxima a umbrales mínimos: diez meses.

5. Mientras que la pena de prisión fijada para el delito de continuado contra la ordenación del territorio, donde la pena de prisión estaba establecida como conjunta a la de multa, la motivación, aunque escueta y concisa, no deja, por ello, de ser efectiva motivación, ni de satisfacer la exigencia constitucional (cifr. SSTC 144/2007, de 18 de junio ; ó 160/2009, de 29 de junio) en cuanto que la pena correspondiente a la continuidad se satisface con dos edificaciones y en autos, se condena por veinticuatro, de donde la gravedad del hecho por la plural edificación, persiste sin incurrir en doble desvaloración.

Recurso de Cecilio Oscar

DÉCIMO. - El primer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española .



1. Argumenta el recurrente que la construcción en suelo no urbanizable no es, per se, constitutiva de delito y la resolución recurrida no justifica porque sólo la construcción de 25 de las 77 viviendas son constitutivas de delito y en qué medida son estas las que contribuyen a la creación de un núcleo poblacional, afectando así sólo estas al bien jurídico material protegido por el tipo penal. Pues el relato de hecho no introduce ni el elemento "no autorizable" ni tampoco el concepto "núcleo poblacional" que sirvió de base a la acusación pública para entender que se atentaba contra el bien jurídico protegido por el tipo penal. También resalta que el voto del Alcalde en el Pleno era un solo voto; y concediéndose las licencias por unanimidad, en nada habría cambiado el acto administrativo con el voto en contra del Alcalde; su aportación a este hecho es inocua, como también que fuera el padre del recurrente.

2. Todas las objeciones formuladas han tenido respuesta al analizar el recurso del otro acusado.

La cuestión, objeto de este proceso, no es la conducta de constructores no acusados, sino la realizada por el recurrente, quien construyó veinticuatro edificios en parcelas inferiores a diez mil metros cuadrados, en suelo no urbanizable común, amparado en licencias donde su padre, Alcalde el municipio, confería el visto bueno al Decreto de concesión provisional y luego presentaba al Pleno, para su aprobación, pese los reparos de legalidad del arquitecto municipal, y contestaba a las preguntas que dichas concesiones suscitasen; y todo ello, tras un acuerdo entre padre e hijo para tales construcciones.

La ofensividad para el buen orden del territorio, también la hemos descrito; recordando que la sentencia recurrida indica como la construcción indiscriminada de viviendas en suelo rural o rústico con las característica de autos, sin que existan dotaciones preceptivas, supone una alteración del equilibrio que la normativa urbanística impone entre el suelo rústico y urbano, con la grabación de la relevante aportación del recurrente a la creación de un incipiente núcleo poblacional aun cuando fuera constituido de viviendas aisladas entre sí, pero en proximidad al erigirse en los mismos polígonos.

En todo, caso, también hemos expuesto, que la reiteración de la ilícita conducta por terceros, no priva de antijuricidad, la desplegada por el recurrente; y que no existe derecho a la igualdad dentro de la ilegalidad.

Por otra parte, para la comisión por parte del recurrente del ilícito penal contra la ordenación del territorio, no resulta necesario que su padre, Alcalde del municipio hubiese prevaricado; aunque ciertamente, el acuerdo con el mismo, acreditado conforme expusimos en el primer fundamento, sirve para reforzar el conocimiento de la ilicitud de las construcciones.

3. En cuanto a la no mención en los hechos probados de que las obras eran "no autorizables", es la cuestión objeto de su tercer motivo, que analizaremos ulteriormente.

UNDÉCIMO. - El segundo motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a la presunción de inocencia, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

1. Afirma que la valoración probatoria de la sentencia recurrida que concluye que el recurrente es autor de un delito contra la ordenación del territorio previo acuerdo con su padre, y Alcalde de la localidad de Zarra, para cometer dicho delito es de todo punto ilógica y absurda; cuando además quien otorga las licencias es el Pleno.

2. El motivo necesariamente debe desestimarse, el recurrente es el autor material a través de la entidad de la que era socio y administrador único de la misma, de veinticuatro construcciones en suelo rústico, en parcelas inferiores a diez mil metros cuadrados, pese al concomitamiento de su ilegalidad.

La construcción no la niega, la calificación de suelo resulta admitida y se acredita documentalmente y la conciencia de su ilicitud, deriva del contenido del acuerdo celebrado con su padre, para construir de ese modo, amparado por la posición de este en el Ayuntamiento, acuerdo cuya prueba ya expusimos en el primer fundamento de esta resolución.

La responsabilidad de terceros por las construcciones ajenas al recurrente y quién constara como otorgante de la licencia definitiva, en nada empecen a la comisión delictiva del recurrente.

DUODÉCIMO. - El tercer motivo lo formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del número 4º del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del derecho a un proceso con todas las garantías y del Derecho de Defensa, establecido en el artículo 24.2 de la Constitución Española; y el cuarto, por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 319.2 C.P.

1. Argumenta en ambos motivos, que no aparece en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y tampoco se dice nada en los hechos probados de la sentencia, que las obras realizadas fueren "no autorizables", de donde concluye que con esa omisión de ese elemento típico, la sentencia no puede ser condenatoria.



2. Es cierto, que en la narración de hechos probados, no se recoge la calificación referida a las construcciones objeto de enjuiciamiento, como "no autorizables"; y es igualmente cierto que su mera inclusión, no conlleva predeterminación del fallo (cifr. STS 443/2013, de 22 de mayo).

Pero ello tampoco es necesario y por sí solo, tampoco satisfaría la exigencia de concreción de los hechos probados; lo relevante es que se describa en el *factum* las circunstancias que posibilitan la subsunción en ese elemento normativo; exigencia que la sentencia de autos, cumplimenta adecuadamente, al describir que *las viviendas se construyeron en terrenos que tienen la calificación de suelo no urbanizable común, en parcelas notablemente inferiores a diez mil metros cuadrados, prohibidas en el artículo 10 de la Ley 4/1992 y 21 de la Ley 10/2004* . De igual modo, se narraban los reparos de legalidad formulados, como también se recogían en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, que previamente enumeraba y citaba la normativa que determinaba la inviabilidad de una lícita concesión de licencia para las viviendas que el recurrente construyó en suelo rústico.

Como ya expusimos, por "no autorizables", debe entenderse que con arreglo a la normativa vigente en el momento de la construcción, solicitada o no la correspondiente licencia, no debía ser concedida; ni era susceptible en subsanación en ese preciso momento, de manera que quiebra la equiparación que se intenta con legalizable, en cuanto implica atender a un momento ulterior. De forma que si se hubiere realizado sin licencia, pero nada obstaba a que solicitada se hubiera concedido, no integra comisión típica. De modo que el compendiado relato fáctico del párrafo anterior, se subsume perfectamente en el concepto de "no urbanizable".

El motivo se desestima.

DECIMOTERCERO.- El quinto y último motivo lo formula por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por vulneración del artículo 28 b) C.P .

1. Argumenta que el recurrente fue acusado, y condenado, como autor de un delito contra la ordenación del territorio del que ha sido cooperador necesario su padre, y Alcalde de la localidad, Don Alexander Urbano ; pero en el relato de los escritos de acusación no se dice qué actos de cooperación necesaria tuvieron que ser cometidos por este Alexander Urbano para que el recurrente pudiera cometer el delito; y desde la dicción literal, del artículo 28.2 CP , sin esos actos de cooperación no podría cometerse el delito, por lo que, desde la pretensión acusatoria, no habiendo actos necesarios, no puede haber autoría.

2. En el fundamento sexto de esta resolución, se describen las aportaciones esenciales del cooperador necesario, a cuyo contenido nos remitimos, para la desestimación de este motivo.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Alexander Urbano , formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Segunda, de fecha 23 de enero de 2017 , en su Rollo de P.A. núm. 47/2016, seguido por prevaricación administrativa y delito contra la ordenación del territorio; ello, con declaración de oficio de las costas derivadas de su recurso; y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a Derecho.

2. Desestimar el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Cecilio Oscar formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia cuya Sección Segunda, de fecha 23 de enero de 2017 , en su Rollo de P.A. núm. 47/2016, seguido por prevaricación administrativa y delito contra la ordenación del territorio; ello, con imposición de las costas derivadas de su recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes y la que seguidamente se dicta e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

RECURSO CASACION núm.: 779/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal



Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D^a. Ana María Ferrer García

En Madrid, a 21 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto la causa seguida por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia con el número P.A. 47/2016 y origen en el Procedimiento Abreviado núm. 9/2014, procedente del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Requena, que condenó por sentencia de fecha 23 de enero de 2017 a D. Alexander Urbano por delito continuado contra la ordenación del territorio y por delito continuado de prevaricación urbanística así como a D. Cecilio Oscar por delito contra la ordenación del territorio y que ha sido casada y anulada parcialmente por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan los declarados probados por la Audiencia Provincial .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. - De conformidad con lo establecido en nuestra sentencia casacional y la motivación otorgada en el tercer, cuarto y noveno fundamento, procede en la condena impuesta a Don Alexander Urbano como autor de un delito de prevaricación urbanística del art.320 CP : a) suprimir la pena de multa, pues no se contemplaba en la redacción originaria de la norma, vigente en el momento de autos; b) suprimir en el apartado de incapacidad para adquirir otros cargos o empleos análogos sobre el que recae la inhabilitación, los establecidos para la prestación de servicios en régimen funcional y restringirlos a los de procedencia electiva; y c) fijar la duración de la pena de prisión, una vez practicadas las operaciones de motivación subsiguientes a su elección y preterición de la multa prevista como alternativa, en diez meses.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Condenar al acusado don Alexander Urbano , como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito continuado de prevaricación urbanística con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de **PRISIÓN DE DIEZ MESES; y a la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO POR TIEMPO DE OCHO AÑOS** que conlleva la privación del cargo efectivo de Alcalde electo, que desempeñaba durante la comisión de los hechos y que sigue desempeñando en la actualidad, junto con el tratamiento anejo al cargo, uso de medallas o distintivos cualesquiera; honores que le sean anejos, cobro de percepciones, dietas, recompensas o indemnizaciones, y cualesquiera otros emolumentos con cargo a fondos públicos que se encuentren previstos en la legislación de régimen local, debiendo extenderse a la incapacidad para obtener el mismo cargo, u otros análogos de procedencia electiva en cualquier administración pública, nacional, autonómica o local.

2. Consecuentemente **dejamos sin efecto la pena de multa** y correspondiente responsabilidad subsidiaria para caso de impago, impuesta a este acusado Alexander Urbano , por este delito de prevaricación urbanística.

3. **Mantenemos la condena** por el delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP , impuesta a ambos acusados y los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Francisco Monterde Ferrer



Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ