



Roj: **SAP T 822/2013 - ECLI: ES:APT:2013:822**

Id Cendoj: **43148370042013100200**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **4**

Fecha: **21/06/2013**

Nº de Recurso: **381/2013**

Nº de Resolución: **249/2013**

Procedimiento: **Apelación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## AUDIENCIA PROVINCIAL

### DE TARRAGONA

#### SECCIÓN CUARTA

#### Rollo de apelación nº 381/2013 -N

P. A. núm.:413/2011 del Juzgado Penal 1 Reus

#### **S E N T E N C I A NÚM. 249/2013**

**Tribunal.**

#### **Magistrados,**

Javier Hernández García (Presidente)

Francisco José Revuelta Muñoz

Susana Calvo González

En Tarragona, a veintiuno de junio de dos mil trece.

Visto ante la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial el recurso de apelación interpuesto por la representació n procesal de Abelardo , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Reus con fecha 4 de marzo de 2013 en Procedimiento Abreviado 413/2011 seguido por delito contra la ordenación del territorio en el que figura como acusado el Sr. Abelardo y siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el **Magistrado Javier Hernández García.**

#### **ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES**

ACEPTANDO los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, y

**Primero.-** La sentencia recurrida declaró probados los hechos siguientes:

" **PRIMERO** . - Ha quedado probado y así se declara expresamente, que en fecha de 2 de marzo de 2008, una patrulla del Cos d'Agents Rurals en cumplimiento de un servicio de inspección y vigilancia, realizó una inspección de la finca sita en el polígono NUM000 , parcela NUM001 , en el paraje " DIRECCION000 " , en el término municipal de Pradell de la Teixeta, propiedad del acusado Abelardo , mayor de edad, sin antecedentes penales. En el curso de esta inspección , los Agents Rurals constataron que se había construido una edificación tipo vivienda sin estar en posesión de la preceptiva licencia de obras otorgada por el Ayuntamiento de Pradell de la Teixeta ni de ninguna autorización administrativa del Departament de **Medi Ambient** i Habitatge de la Generalitat de Catalunya.

En concreto, el Ayuntamiento de Pradell de la Teixeta concedió al acusado en fecha de 20.8.2004 una licencia de obras para la construcción de un almacén agrícola en la finca anteriormente referida; no obstante,



el acusado, amparándose en dicha licencia, construyó una edificación no correspondiente a la edificación autorizada a través de aquélla.

Así, el acusado procedió a la construcción de una edificación de obra nueva con una superficie aproximada de 95 m<sup>2</sup> y una terraza de 45 m<sup>2</sup> aproximadamente, con nueve ventanas y las correspondientes ventanas, con dos chimeneas y una barbacoa con chimenea, así como la instalación de un sistema de tubos y un depósito correspondiente a un sistema de depuración de aguas.

La finca donde el acusado edificó la referida construcción tiene la calificación urbanística de suelo rústico no urbanizable."

**Segundo.-** Dicha sentencia contiene el siguiente fallo:

" **DEBO CONDENAR Y CONDENO** a Abelardo como autor criminalmente responsable de UN DELITO CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO del art. 319.2 CP , con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 CP como muy cualificada, a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y MULTA DE SEIS MESES con cuota diaria de 8 euros , con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 CP en caso de impago , así como a la inhabilitación especial para la profesion u oficio de promotor o constructor durante un plazo de TRES MESES.

El acusado Abelardo , de conformidad con el art. 319 .3 CP , deberá proceder en el plazo de tres meses a la demolición de la edificación enjuiciada, o alternativamente, realizar las obras necesarias para que aquélla se ajuste a los términos de la licencia municipal para almacén agrícola, según el visto bueno de un perito judicial nombrado en fase de ejecución, debiendo asimismo satisfacer las costas de este proceso.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de Apelación dentro del plazo de los DIEZ días siguientes al de su notificación, ante este mismo Juzgado de lo Penal y para con la Audiencia Provincial de Tarragona.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al presente Rollo, lo pronuncio, mando y firmo".

**Tercero.-** Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del Sr. Abelardo , fundamentándolo en los motivos que constan en el escrito articulando el recurso.

**Cuarto.-** Admitido el recurso y dado traslado por diez días a las demás partes para que presentasen escritos de impugnación o adhesión, el Ministerio Fiscal solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

## HECHOS PROBADOS

**Único.** Se admiten como tales los así declarados en la sentencia de instancia.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** La representación del Sr. Abelardo interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia basada en un motivo que se nutre tanto de razones fácticas como normativas. Para el apelante, mediante un discurso trufado de descalificaciones de la labor desarrollada por la jueza de instancia que, si bien pueden estimarse amparadas en el reforzado derecho a la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus deberes defensivos, resultan innecesarias no solo porque no aportan solidez a las razones esgrimidas sino sencillamente porque resultan del todo injustas. Precisamente, el evidente desajuste entre los descalificativos empleados por la parte y el nivel de análisis fáctico y normativo del que hace patente gala la sentencia recurrida sugiere, de contrario, la falta del equilibrio reflexivo exigible a quien recurre para, por un lado, identificar los gravámenes y, por otro, fundar y argumentar con las mejores razones por qué considera que se han producido y, en consecuencia, deben ser reparados en esta segunda instancia.

En esencia, la parte reprocha a la jueza de instancia que, por un lado, a partir de una información probatoria poco sólida haya concluido que la edificación levantada a instancias del recurrente no responda a la función y finalidad -almacén y almacenamiento agrícola- para las que se solicitó y se concedió la licencia municipal de edificación. Por otro que identifique la condición normativa reclamada por el tipo, esto es que la edificación en suelo no urbanizable sea, además, no autorizable. A su parecer, con cita textual de una sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia, la condición normativa "no autorizable" reclama identificar en la acción constructiva o en la edificación levantada "*no solo que no esté permitida sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido ni autorizado, de tal suerte que debe reservarse el tipo en cuestión a aquellas infracciones que adolezcan de irregularidades de tal naturaleza que ni siquiera quepa la posibilidad de posterior subsanación, autorización o convalidación*".



De ahí que se afirme por la parte que atendida la normativa vigente a la fecha de celebración de la vista es obvio que se dan las condiciones de autorizabilidad de la edificación. Insiste en que la norma no reclama que la explotación agrícola a cuyo servicio se ha levantado la edificación ya esté explotándose al tiempo de ejecución de la obra o que si se considerara vivienda ésta deba ya estar siendo utilizada por el titular de la explotación o por las personas que por encargo de ésta, y como previene la norma, asuman bajo su mandato las funciones de explotación directa de la finca. No puede cuestionarse, por tanto, a su parecer, las condiciones potenciales de autorización futura y si es así es obvio que no hay espacio para la intervención penal.

En todo caso, en términos argumentativos algo desordenados, la parte insiste en que no cabe negar ni la preexistencia de una explotación agrícola, en cuanto uno de los agentes rurales reconoció haber observado un huerto y una explotación frutícola, ni tampoco la condición subjetiva del recurrente como agricultor quien ostenta la correspondiente licencia fiscal para dicha actividad.

En consecuencia, concluye, al darse condiciones de *legalización futura* desaparece la condición normativa de que lo construido no pueda ser autorizado, entendido como no autorizable. Lo que traslada las cuestiones de desajuste entre lo construido y las condiciones de licencia para hacerlo al plano de la disciplina urbanística y, por tanto, a los estrictos términos de la normativa administrativa. Lo contrario, se afirma, convierte la intervención penal en desproporcionada y contraria al principio que la limita a los ataques más graves contra los bienes jurídicos protegidos.

El recurso, impugnado por el Ministerio Fiscal, no puede prosperar.

Y ello por las siguientes razones. La primera, en respuesta a la conclusión final del recurrente sobre infracción del principio de intervención mínima reclama una breve precisión sobre el alcance y operatividad del principio invocado en la labor de interpretación y aplicación judicial de las normas penales.

No parece discutible que la intervención penal en una sociedad democrática debe responder a determinados estándares de racionalidad ética que se convierten en verdaderas reglas secundarias.

Unas, destinadas al legislador y, otras, destinadas a los jueces. Las primeras, suponen que el legislador sólo puede seleccionar y castigar aquellas conductas que supongan ataques intolerables a bienes jurídicos de relevancia constitucional -principio de intervención mínima o de subsidiariedad o fragmentación del derecho penal-. Cualquier extralimitación en la configuración de los tipos de prohibición que no respete la necesaria correspondencia con dicho fin exclusivo de protección supone un menoscabo del espacio de libertad constitucionalmente protegido para todo ciudadano y, por tanto, susceptible de ser tachada de arbitraria por el máximo garante de la Constitución -principio de interdicción de la arbitrariedad-.

Por su parte, los jueces tienen la obligación de no ampliar de manera injustificada los espacios de prohibición acudiendo a reglas de interpretación analógicas extensivas que superen el sentido literal posible de los elementos descriptivos o normativos de los tipos -principio de interpretación estricta-. También tienen la obligación de no castigar conductas que carezcan de contenido material para lesionar el bien jurídico. La lesividad o, mejor dicho, el potencial laedente de una determinada acción u omisión debe medirse en términos normativos de antijuricidad y de idoneidad en atención al fin de protección de la norma. No basta una mera antijuricidad formal para que la acción caiga dentro del espacio de protección de la norma. Si no hay lesión del bien jurídico no puede existir responsabilidad penal -principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o de exigencia de antijuricidad material en la conducta infractora-.

Lo anterior sirve para poner de relieve que, *prima facie*, el principio de intervención mínima no constituye un instrumento de interpretación aplicativa de la norma penal utilizable por los jueces. Es al legislador al que le incumbe, como agente primario, la determinación de las conductas que pueden y deben ser protegidas por la norma penal y, por tanto, es él y solo él el destinatario de los límites que derivados del principio de libertad y de proporcionalidad en un sentido amplio limitan su actividad incriminatoria.

Los jueces solo en este plano pueden utilizar el principio de intervención mínima para fundar dudas de constitucionalidad sobre las que formular la correspondiente cuestión por considerar que el producto normativo penal supera o desplaza de forma constitucionalmente inadmisibles dichos mandatos de sustancia, incluyendo conductas como constitutivas de delitos que no deberían merecer dicho trato por no responder a una protección de bienes jurídicos socialmente relevantes; por considerar que la conducta descrita carece de tasas de necesaria puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos; o porque la pena anudada a los mismos constituye un patente derroche de coacción penal en claro incumplimiento del principio de proporcionalidad - STC 102/2012 -

Pero, de contrario, los jueces no pueden acudir de forma directa al principio de intervención mínima para descartar la aplicación del tipo penal a una determinada conducta porque consideren que ésta constituye una acción lesiva insignificante o simplemente porque en términos de oportunidad situacional valoren la no



oportunidad de la sanción penal. Nuestro modelo, a diferencia de alemán o el francés no contemplan cláusulas de no persecución basadas en principios de oportunidad por insignificancia de la conducta típica, culpable y antijurídica.

En muchas ocasiones, el desnudo uso argumentativo del principio de intervención mínima en el plano aplicativo se traduce en una elusión de los deberes normativos de interpretación de los tipos penales y de justificación motivadora de las consecuencias a partir de una valoración *in concreto* de las circunstancias que pueden permitir o no la subsunción de la conducta, objeto de acusación, en el tipo.

El juez ordinario, por elementales razones de ordenación democrática, no puede ni convertirse en una suerte de agente legislativo con poder abrogatorio de la vigencia de una norma ni tampoco puede eludir las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación del tipo en atención a desnudas razones de proporcionalidad o de exceso de intervención punitiva. Si se dan las condiciones tipicidad, culpabilidad y exigibilidad reclamadas por el tipo y pese a ello el juez ha identificado un exceso de intervención penal y de punición a la conducta debería formular la oportuna cuestión de inconstitucionalidad.

El principio de intervención mínima, por tanto, cumple un papel político constitucional claramente diferenciado de la labor interpretativa y aplicativa que les incumbe a los jueces. En la gran mayoría de los casos, insistimos, la invocación de dicho principio no viene acompañada de las auténticas razones normativas de justificación que hubieran permitido en el caso concreto o la no aplicación de la norma penal o la atemperación de sus consecuencias punitivas o resarcitorias.

Con ello no decimos, ni mucho menos, que la labor subsuntiva de los jueces deba realizarse de una manera formal o ajena a los principios de certeza, lesividad y de protección que envuelven de forma estructural toda actividad punitiva del Estado, tanto la legislativa como la judicial. Lo que pretendemos destacar es que se deben utilizar los mecanismos normativos de interpretación y selección de consecuencias que le son propios.

Entre estos, la necesidad de valorar, por ejemplo, la adecuación social de la conducta enjuiciada o los propios límites aplicativos del tipo que se derivan del fin de protección de la norma. Tanto uno como otro principio actúan como estándares interpretativos de los tipos en términos tales que solo encaje en ellos la conducta socialmente inadecuada.

Dentro de éstas encontramos un amplio catálogo que se activa en la valoración del caso concreto. Como ejemplos de adecuación encontramos aquellos supuestos en los que el riesgo introducido por la acción es jurídicamente irrelevante o permitido, lo que adquiere una particular importancia a la hora de la valoración de las conductas imprudentes en sectores del tráfico de la vida ordinaria -tráfico viario, actividades deportivas, de recreo, autopuestas en peligro social y normativamente permitidas etc-.

Un segundo grupo podríamos encontrarlo en las llamadas acciones insignificantes y socialmente toleradas de modo general -el pequeño regalo al cartero en Navidad, las expresiones ineducadas producidas en el ámbito familiar, los negocios arriesgados pero ordenados-.

Ya en el plano de la imputación, el juez deberá valorar si se dan o no los criterios que permiten en términos normativos la imputación objetiva del resultado producido como el criterio corrector del nexo de antijuricidad o el del aumento del riesgo. O el de la exclusión de la propia imputación si no se ha constatado la creación del concreto riesgo desaprobado o por la concurrencia de cursos causales hipotéticos que reducen las posibilidades de imputación a variables probabilísticas escasas o excesivamente abiertas. En efecto, desde las exigencias interpretativas de los tipos penales y de los criterios de imputación que vienen impuestas por el principio de lesividad y de exclusiva protección de los bienes jurídicos, deben excluirse del espacio de protección penal, *a priori*, aquellas acciones que no han aumentado de modo jurídicamente considerable el riesgo de lesión del bien jurídico. El criterio de imputación no puede basarse en exclusivas determinaciones probabilísticas. Desde esta perspectiva, la acción, entendida como condición indispensable del resultado, será adecuada si la misma ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante, si no es sencillamente inverosímil que la conducta dé lugar a un resultado así. Para medir el juicio de adecuación, el juez debe realizar un pronóstico objetivo-posterior para lo cual debe colocarse en el punto de vista de un observador objetivo que juzgue antes del hecho y disponga de los conocimientos de un hombre/mujer inteligente del correspondiente sector del tráfico y además del saber especial del autor. El juicio sobre la probabilidad relevante se traslada del canon objetivo que se identifica con su mera existencia, al canon intersubjetivo, esto es a la valoración de su relevancia desde cánones de experiencia general que deben tomar en cuenta los aspectos situacionales en los que se manifiesta la condición del resultado.

O la exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado, en cuanto éste no abarca la concreta forma de producción del resultado. Y, desde luego, todos los casos en los que si bien se ha producido la conducta prohibida cabe identificar no obstante una



situación de error del sujeto activo tanto sobre la propia ilicitud del hecho como de la concurrencia de algunos de los elementos descriptivos o normativos de la norma que determinan de forma esencial la responsabilidad penal por el hecho.

Posibilidades interpretativas y aplicativas de los tipos penales respetuosas con la naturaleza fragmentaria de la intervención penal y con el principio de distribución constitucional de poderes que quedan muy lejos de la simple inaplicación de la norma por un desmedido y poco justificado uso de un parámetro de racionalidad de la intervención legislativa no destinado a los jueces, como lo es el principio de intervención mínima.

Sentado lo anterior, por tanto, debemos plantearnos no si la conducta merece ser castigada en atención a difusos, por inseguros, criterios de intervención mínima de la norma penal si no si procede el castigo porque, primero, se han acreditado en términos probatorios sólidos los elementos descriptivos y normativos del tipo para, después, valorar si, además, cabe identificar el exigible nivel de adecuación de la acción para la lesión del bien jurídico protegido.

En este sentido, y a modo de marco ideológico del proceso de toma de decisión, debe destacarse que en la concepción democrática del Derecho Penal, el bien jurídico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación de los tipos objetivos de desviación en cuanto presupone una valoración normativa de que los intereses que comporta son relevantes para la vida de la comunidad y como tales merecedores de protección mediante la norma de naturaleza sancionatoria más grave. De ahí que se admita, como consecuencia del principio de garantía, que el bien jurídico constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos sancionadores. Lo anterior supone que el concepto de bien jurídico deviene en instrumento para limitar el Derecho Penal a la sanción del comportamiento intolerablemente dañoso, función vinculada a la jerarquía de los valores protegidos por la Constitución. La consideración del bien jurídico como una plasmación valorativa de intereses relevantes para la configuración y el mantenimiento de la sociedad y como límite de la actuación del "*ius puniendi*" implica, en una sociedad democrática, que no toda alteración perjudicial para un bien, en tanto que interés valorado positivamente, resulta relevante para el Derecho Penal, sino sólo aquéllas que vengan dadas por un comportamiento significativo en cuanto negador del significado jurídico de la norma de protección.

Lo anterior coliga con las exigencias de interpretación estricta de los tipos penales. Y en particular, de los delitos contra la ordenación del territorio atendidas las relaciones secantes y, también, en ocasiones, tangentes que cabe trazar con la normativa administrativa sancionatoria. En efecto, la muy importante STC 101/2012 declara la inconstitucionalidad del artículo 335 CP -texto de 1995- por vulneración del principio de legalidad penal material en cuanto atendida su naturaleza como la ley penal en blanco el legislador venía obligado a precisar "*las exigencias específicas de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico protegido*". Lo que posteriormente denomina "*el plus de antijuricidad material que coadyuve a precisar la correspondiente conducta penal típica y permite cumplir con la comentada exigencia constitucional*".

Lo anterior nos permite aproximarnos al contenido del bien jurídico que se protege mediante el artículo 319.2º CP que no es la normativa urbanística, sino el valor material de ordenación del territorio entendido como utilización racional del suelo orientado a los intereses generales o como adecuación de su uso al interés general, partiendo de su condición de recurso natural limitado.

Por tanto, el objeto y los fines de protección no se miden por la correspondencia entre edificación y condiciones de la licencia para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización son, *prima facie*, protegibles y reparables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del artículo 319 CP, no pasa necesariamente por la sanción penal. Lo que se castiga, porque lesiona el bien jurídico, son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo se construye, al qué se construye, al dónde se construye o por quién se construye infringen de forma nuclear los fundamentos no de la disciplina urbanística sino de la ordenación urbanística que garantiza el uso racional, controlado, sometido a un proceso de transparencia en la autorización y en el control de la ejecución, garantizando la igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas en el acceso y uso del suelo.

Grado de lesión que impide que atendidas las normas vigentes al momento de ejecución del proceso edificativo éste no pueda ser autorizado - *por no autorizable* -. Esto es, se castigan aquéllas actuaciones que infringen las condiciones de ordenación urbanística hasta un punto en que la propia norma administrativa aun partiendo de los estándares de interpretación más flexibles y favorables no permite sanar o reducir a límites tolerables el grado de antijuricidad, de confrontación con los valores e intereses colectivos que protege. Y ello nos sitúa en el epicentro del problema normativo.

¿Qué significa, o cuándo cabe considerar, que una edificación no es autorizable?



La parte recurrente reitera hasta la extenuación, invocando la ya referida sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia, que como edificación no autorizable debe entenderse no solo la que no está permitida sino la que en el futuro tampoco podrá ser permitida ni autorizada. Por lo que la autorización futura excluye la antijuricidad y la tipicidad de la conducta.

No es nuestra función entrar a debatir con decisiones de otros tribunales aunque creemos que el caso la cita peca de un error metodológico consistente en la utilización de la jurisprudencia, al modo de los maximarios, sin referencia alguna a los hechos sobre los que se decide. Elemento fáctico que cumple un papel decisivo pues no solo individualiza y presta identidad a las razones decisionales sino que, además, a la postre es el que permite valorar que lo decidido en ese caso reúne condiciones de transferencia a otro caso que se decida por ese o por otro tribunal.

Pues bien, este tribunal considera que la referencia a *no autorizable* no puede interpretarse, como pretende la parte, en el sentido de que solo en el caso de que quepa identificar una ontológica, y *perpetua*, imposibilidad de modificación normativa de las condiciones de autorización edificativa puede sancionarse penalmente la edificación realizada en suelo no urbanizable. Ello nos llevaría al absurdo lógico de interpretar una norma en términos tales que impida su aplicación. La reforma operada por la L.O 5/2010 al sustituir la condición normativa no autorizada por no autorizable a las conductas descritas en el ordinal primero del artículo 319 CP, interpretado en los términos propuestos nos llevaría a no poder sancionar ninguna conducta pues no cabe excluir que en un futuro se decida que una zona verde deje de serlo o se desafecte del dominio público un determinado espacio.

De contrario, la sala considera que la condición de *no autorizable* debe analizarse en función de las características de la obra al momento de su ejecución y de la normativa urbanística aplicable en ese momento. En este punto, resulta decisivo fijar la perspectiva de observación, utilizando un símil astronómico copernicano, determinar qué gira y sobre qué se gira. Nos explicamos. Las condiciones de lo autorizable - como contraposición a lo no autorizable - son normativas y deben ponerse en relación con el hecho ejecutado. Esto quiere decir que lo que hace autorizable al hecho tal como se ejecutó es que quepa en la norma. No que porque se modifique la norma puedan también modificarse *ex post* las condiciones de producción del hecho.

Si no hemos entendido mal al recurrente, lo que parece que sostiene es que si la norma se modifica cabe también aceptar que el promotor o cualesquiera de los sujetos activos de la actuación edificativa ajusten su conducta a las nuevas exigencias que permiten la autorización de la obra.

No parece razonable. Lo autorizable comporta que si la legislación urbanística hubiera permitido en el momento de la ejecución la legalización de la obra, no habría delito. Si no lo permite, habrá delito. A esta ecuación cabría no obstante añadir una matización ampliatoria. Dado el componente extrapenal del tipo, como ley penal en blanco, cabe aceptar que si se producen modificaciones normativas de las condiciones de autorización que hicieran al hecho constructivo inocuo a efectos típicos, por ejemplo porque se declara el suelo urbanizable o porque las nuevas condiciones permiten que el hecho tal como fue ejecutado en su momento pueda ser autorizado, se daría una suerte de efecto retroactivo del contenido "normativo extrapenal" del tipo a favor de reo.

Pero, insistimos, ello nada tiene que ver con expectativas futuras de autorización por modificaciones hipotéticas, ni con que las modificaciones normativas abran la vía a que el sujeto activo ajuste su previo comportamiento edificativo a aquéllas ni, tampoco, que desaparezca la tipicidad y la antijuricidad penal porque una vez ejecutado el hecho con posterioridad se modifiquen las condiciones subjetivas u objetivas y que dichas condiciones coincidan con las exigidas por la nueva norma para autorizar.

Reiteramos, el efecto retroactivo de las modificaciones normativas comporta exclusivamente que el hecho tal como se produjo *ex tunc* quepa en la nueva norma. La condición de *no autorizable* o *de autorizable* debe analizarse en función de las características de la obra al momento de su ejecución a la luz de la norma vigente a salvo que modificaciones de tipo normativo hagan que ese hecho ejecutado, y no otros posteriores, pueda ser autorizado.

**Segundo.** Sentado lo anterior debemos despejar, primero, si se produjo una edificación autorizada o, en su caso, si reunía condiciones para ser autorizable.

Pues bien lo que se autorizó mediante la licencia municipal, bajo la cobertura de Normas de Planeamiento Provinciales, fue la edificación de un almacén afecto al uso actual agrícola de la finca que debía acreditarse de forma fehaciente -vid folio 145 vuelta de las actuaciones previas-. Y en coincidencia con lo justificado por la jueza de instancia consideramos que el recurrente no construyó un almacén en los términos autorizados.

La parte cuestiona el razonamiento probatorio de la jueza de instancia al que tacha de basarse en meras suposiciones. De alguna manera denuncia una suerte de inversión de la carga de la prueba incompatible con



su derecho a la presunción de inocencia en cuanto parece que debe ser el recurrente quien pruebe que la edificación es un almacén agrícola. No identificamos los gravámenes.

De contrario, creemos que la acusación ha satisfecho su carga sustancial de prueba. El testimonio de los agentes rurales y del examen de la documental fotográfica permite extraer un buen número de indicios, que la jueza enumera y justifica su prueba, que permiten construir una sólida conclusión inferencial: que la edificación no estaba destinada a almacén agrícola.

Los indicios son los siguientes: las características constructivas de la edificación son poco compatibles con la función de almacén en los términos que se describen en el artículo 106 *Normes de Planejament Urbanístic per Municipis sense planejament*. No hay puertas grandes que permitan la entrada de maquinaria agrícola. Resulta poco explicable la construcción de nueve ventanas, dos chimeneas y un porche que además comporta doblar el volumen de la edificación para la que se concedió la licencia. No se observa ningún apeo o herramienta destinada a la recolección, cultivo o almacenaje de producto agrícola.

Por otro lado, los agentes también refieren que no se observan signos de explotación agrícola más allá de una pequeña área de cultivo y un huerto que uno de los agentes calificó de *uso individual*. Es cierto que es una percepción subjetiva del agente pero la dimensión espacial descrita sí es objetiva y nos obliga a poner el dato en relación con la exigencia normativa prevista en el artículo 48 del Reglament de la Llei d'urbanisme, aprobado por Decret 305/2006, del que Normativa Provincial de 2010 es un simple instrumento de fijación de contenidos específicos, que reclama que el almacén esté afecto al uso agrícola pero con finalidad, y realidad, de constituir una explotación económica.

En el caso, ningún dato lo avala. Ni tan siquiera las condiciones del propietario, y hoy recurrente, que al tiempo en que se inician las actuaciones judiciales no solo ejercía su profesión en un sector -el terciario- ajeno al agrícola sino, además, en la ciudad de Barcelona. En este punto, llama mucho la atención y constituye un indicio poderoso sobre la ausencia de una preexistente explotación económica agrícola que al momento de ejecución de la obra, el ahora recurrente no dispusiera de licencia fiscal como agricultor y, sin embargo, la obtuviera un mes y medio después -el 27 de junio de 2008- de iniciadas las actuaciones penales para la investigación del delito por el que fue condenado en la instancia. Como también llama la atención que preexistiendo una construcción en la finca de 51 m<sup>2</sup> nada se justifique sobre la necesidad funcional de otra edificación para almacén.

Y creemos, como apuntábamos, que no hay riesgo de inversión de la carga de la prueba pues la acusación ha probado indicios base que permiten inferir con un notable grado de conclusividad que lo construido no estaba destinado al almacén agrícola en los términos autorizados y exigidos por la normativa urbanística aplicable y que, de contrario, la parte hoy recurrente no ha desplegado ningún esfuerzo que permitiera neutralizar la calidad acreditativa de la prueba practicada -por ejemplo, aportando proyectos de explotación, testigos que refieran las condiciones de explotación o qué tipo de uso se daba a la edificación cuyo aspecto externo desmiente, *prima facie*, en efecto, que sea un almacén agrícola.

Y sobre este punto, destacar que el problema no reside, desde luego, en que las características externas de la edificación no contradigan las exigencias de edificación de almacenes agrícolas previstas en la normativa sectorial, ya sea la general de 2006 o la específica de 2010. Es cierto, no las contradicen. Pero ello no quiere decir, como pretende el recurrente, que por no contradecirlas deba considerarse que lo edificado es un almacén agrícola.

**Tercero** : Sentado lo anterior, debemos cuestionarnos si cabe algún margen normativo de autorización de la edificación. La parte lo afirma bajo la fórmula de la *autorización futura* e interpretando que las condiciones de explotación o de habitación de la edificación reclamadas por la normativa de 2010 le permiten acogerse a ellas en cualquier momento obteniendo de ese modo el nivel de adecuación que justifique la autorización. Insiste que aun cuando se calificara de vivienda la edificación ello no impide que sea autorizable pues cabe no solo que resida el propietario titular de la explotación que se active sino también aquellas personas que en los términos previstos en el artículo 108 de las Normes de Planejament Provincial de 2010 desarrollen las funciones de cultivo y vigilancia de la explotación. Reiterando que en modo alguno la norma reclama que la explotación y la habitación vinculada a la misma preexistan al día de la vista oral.

La respuesta ha sido ya sustancialmente ofrecida en el fundamento primero. Ni la normativa que invoca el recurrente introduce ninguna modificación sustancial y novatoria del marco de autorización vigente al tiempo de construcción de la edificación ni se cumplen las condiciones exigibles de autorización al dos de mayo de 2008, fecha de la denuncia.

De nuevo insistir que lo autorizable no se traduce en una expectativa de autorización futura por "modificación del hecho". Solo cabe si la norma cambia y en la nueva se contempla el hecho justiciable tal como se produjo.



Y es evidente que al tiempo de los hechos ni el recurrente era titular de explotación agrícola alguna, ni la edificación era destinada a almacén, ni aun calificándose como vivienda respondía a las exigentes relaciones de funcionalidad - *directa y justificadamente* , artículo 50.1 Decret 305/2006- con la explotación agrícola entendida como unidad económica *desde la perspectiva sectorial y fiscal* -artículo 50.2 b), Decret 305/2006-. Exigencias que no han variado.

Por tanto, no hay margen alguno para autorizar lo que sigue siendo manifiestamente no autorizable.

Conducta que consideramos que ha lesionado con suficiente intensidad el bien jurídico pues el recurrente de forma arbitraria y utilizando vías legales fingidas intentó a aprovechar una utilidad del suelo del que era propietario comprometiendo las funciones públicas de ordenación, obteniendo una ventaja injusta sobre un recurso limitado y desgraciadamente muy maltratado en nuestro país como lo es el uso racional del suelo.

El recurso ha de ser desestimado.

**Cuarto.** Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

## FALLO

**En atención a lo expuesto, la Sala acuerda no haber lugar al recurso de apelación** interpuesto por la representación del Sr. Abelardo contra la sentencia de 4 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Penal núm. Uno, de Reus , cuya resolución confirmamos, declarando las costas de este recurso de oficio.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Esta es nuestra sentencia que firmamos y ordenamos.