



Roj: **SAP AV 472/2022 - ECLI:ES:APAV:2022:472**

Id Cendoj: **05019370012022100472**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2022**

Nº de Recurso: **11/2022**

Nº de Resolución: **121/2022**

Procedimiento: **Procedimiento abreviado**

Ponente: **MIGUEL ANGEL CALLEJO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

SENTENCIA: 00121/2022

<00

-

PL/ DE LA SANTA NÚM 2

Teléfono: 920-21.11.23

Correo electrónico: audiencia.s1.avila@justicia.es

Equipo/usuario: EQ5

Modelo: N85860

N.I.G.: 05019 41 2 2018 0003562

PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000011 /2022

Denunciante/querellante: Remigio

Procurador/a: D/Dª MARIA DEL PILAR PALACIOS MARTIN

Abogado/a: D/Dª GREGORIO HERNANDEZ SANCHEZ

Contra: Roman , Roque

Procurador/a: D/Dª MARIA CANDELAS GONZALEZ BERMEJO, YOLANDA ROSA SANCHEZ RODRIGUEZ

Abogado/a: D/Dª JUAN ANGEL MARTÍNEZ GONZÁLEZ, RAMÓN ANDRINO SAN CRISTÓBAL

SENTENCIA NUM. 121/2022

ILMOS. SRES.

Presidente:

DON JAVIER GARCÍA ENCINAR

Magistrados:

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

DON JESÚS MARTÍNEZ PURAS

En la ciudad de Ávila a dieciséis de diciembre de 2022.



La Audiencia Provincial de Ávila, compuesta de los Iltmos. Sres. Magistrados consignados al margen, ha visto las actuaciones seguidas en las Diligencias Previas 686/2018, Procedimiento Abreviado núm. 56/2019 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Ávila, Rollo Penal núm. 11/2022, seguido por un presunto delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 del CP contra Roque, nacido en Avila, el día NUM000 de 1981, hijo de Torcuato y Marisol con documento de identidad NUM001, representado por la Procuradora Doña Yolanda Sánchez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Ramón Andrino San Cristóbal; contra Roman, nacido en Hoyocasero (Ávila), el día NUM002 de 1954, hijo de Jesús Ángel y Ruth, con documento de identidad NUM003, representado por la procuradora Dña. Candelas González Bermejo y defendido por el letrado D. Juan Ángel Martínez González.

Habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL en ejercicio de la acción pública y ejerciendo la acusación popular Don Remigio representado por la procuradora Dña. María del Pilar Palacios Martín y asistido por el letrado D. Gregorio Hernández Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La querrela de D. Remigio presentada en fecha 10/10/2018, por un presunto delito contra la ordenación del territorio dio lugar a la incoación de Diligencias Previas Penales núm. 686/2018, del Juzgado de Instrucción nº 2 de Ávila, que devino Procedimiento Abreviado 56/2019 y, formulado escrito de acusación, decretada la apertura del juicio oral y unidos escritos de defensa, se remitió a esta Audiencia, formándose el Rollo de Sala número 11/2022. Designándose Magistrado Ponente a D. Ángel Marcos Gómez Aguilera, en sustitución del Magistrado Titular D. Miguel Ángel Callejo Sánchez, por resolución de fecha 21 de junio de 2022.

SEGUNDO.- En fase de conclusiones provisionales el Ministerio Fiscal interesó apertura de juicio oral contra Roque y calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2C.P., respondiendo en concepto de autor el acusado (arts. 27 y 28 párrafo primero del Código Penal). No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. E interesando se imponga al acusado la pena de dieciocho meses de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, dieciocho meses de multa con una cuota diaria de 10 € y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago conforme al art.53 c.p., así como inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionados con la promoción y construcción de inmuebles durante dos años y seis meses. así como el abono de las costas procesales.

En cuanto a la responsabilidad civil, interesó, conforme al art. 319.3 C.P que el acusado proceda a la demolición de todo lo construido que exceda de la licencia concedida por el Ayuntamiento de fecha 9 de agosto de 2017.

TERCERO.- Por la acusación popular se interesó la apertura del juicio oral contra Roque y Roman. En cuanto a Roque calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 319.2 del Código Penal. Considerando responsable al acusado Roque en concepto de AUTOR en virtud del artículo 28 del Código Penal. No concurriendo en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Interesando se imponga al acusado Roque una pena de un año y medio de prisión, una pena de multa de 24 meses, a razón de 200 euros/día y una pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor-constructor por tiempo de cuatro años. Así como ordenar, a cargo de Roque, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física de la parcela NUM004 del Polígono NUM005 del Catastro de Rústica del término municipal de Hoyocasero (Avila). Por último interesó se condene a Roque al pago de las costas.

En cuanto a Roman calificó los hechos como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio y el urbanismo del artículo 320.1 del Código Penal. Considerando responsable al acusado Roman en concepto de AUTOR en virtud del artículo 28 del Código Penal. No concurriendo en el acusado circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Interesando se imponga al acusado Roman una pena de tres años y la de multa de dieciocho meses a razón de seis euros/día, así como la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de doce años. Asimismo, se condene a Roman al pago de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular.

CUARTO.- La defensa de Roque consideró que los hechos imputados al mismo no son constitutivos de infracción penal alguna, no habiendo lugar a hablar de autoría, tipificación, pena a imponer o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal e interesando se dicte sentencia absolutoria con todo tipo de pronunciamientos favorables para su representado.

QUINTO.- La defensa de Roman consideró que los hechos imputados a su defendido no constituyen delito alguno, no existiendo responsabilidad penal imputable a su mandante y no procediendo hacer pronunciamiento alguno en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ni en sede de



responsabilidad civil aparejada, al no existir aquella. Interesando la libre absolución de su mandante con imposición de costas a la parte acusadora.

SEXTO.- En el acto del juicio oral las partes elevaron a definitivas sus conclusiones provisionales, salvo el Ministerio Fiscal que se adhirió al escrito de acusación formulado contra Roman por la acusación popular ejercida por la representación de Remigio .

SÉPTIMO.- Sometida la sentencia a deliberación y votación conforme al art. 253 LOPJ no se llegó a acuerdo sobre el contenido de la misma. Al no haber sido posible dicho acuerdo se pasó a la preceptiva votación y al no existir conformidad del Magistrado ponente con el voto de la mayoría se procedió conforme al art. 206 LOPJ por el Magistrado ponente a declinar la redacción de la resolución, correspondiendo por turno asumir la redacción de la sentencia al Magistrado Don Jesús Martínez Puras, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala en esta sentencia. Por el Magistrado ponente se formula voto particular.

OCTAVO.- En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

El acusado, Roque (D.N.I NUM001), nacido el día NUM000 .1981, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario de la parcela NUM004 polígono NUM005 de la localidad de Hoyocasero, solicitó ante el Ayuntamiento de dicha localidad - del que por entonces era Alcalde su padre, el también acusado Roman , mayor de edad y sin antecedentes penales- una licencia de obra menor para reforma y ampliación de una caseta de aperos radicada en dicha parcela. El acusado también solicitó autorización a la Confederación Hidrográfica del Tajo al afectar la obra a zona de policía de cauces.

Las obras de ampliación y reforma pretendidas fueron autorizadas por la Confederación Hidrográfica del Tajo y obtuvieron licencia favorable del Ayuntamiento de Hoyocasero de fecha 9 de agosto de 2017. Las obras objeto de autorización y licencia consistían en ejecución de caseta de aperos con dimensiones en planta 7x5 metros y porche de acceso, ubicada en las coordenadas UTM30 ETRS89 aproximadas X:331.594 Y:4.474.175; estanque de riego de aproximadamente 5 metros de diámetro; escaleras de acceso; y construcción de bancales sujetos mediante 3 muros de contención. Todo ello a llevar a cabo en la indicada parcela NUM004 del polígono NUM005 , cuyo suelo estaba clasificado como suelo rústico común (Régimen Transitorio del Suelo Urbanizable), siendo el uso permitido el de agrario para edificaciones.

Amparado por la referida licencia y autorización, durante el segundo semestre del año 2017 el acusado Roque promovió y llevó personalmente a cabo la construcción de una edificación nueva, en distinta ubicación de la caseta de aperos preexistente, con las dimensiones y en la nueva ubicación autorizadas, si bien asentada sobre una base de hormigón de unos 10 metros de ancho por 12 metros de largo. La edificación ejecutada contaba con 6 ventanas, puerta de acceso, un porche de acceso de 5x4 metros. En su interior había una habitación o dependencia en la que se situaban tres vanos de puerta que daban acceso a otras tantas dependencias o habitaciones; en la habitación inicial se había colocado una chimenea, así como una pared azulejada, con tomas de entrada y salida de agua; una de las otras habitaciones tenía azulejadas la mayor parte de las paredes, contando con entrada y salida de agua, obras no amparadas por la licencia concedida, por no ser propias de una caseta de aperos de uso agrícola. Tales obras, todavía sin finalizar, fueron advertidas y reflejadas en atestado elaborado por el Seprona de la Guardia Civil de Ávila, en virtud de oficio remitido por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Ávila a raíz de que este Juzgado admitiera a trámite una querrela interpuesta el día 6-10-2018 por la representación de Remigio , entonces concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero, contra el alcalde de la localidad, Roman , por presunto delito de prevaricación urbanística.

A raíz de la actuación del Seprona, en el Ayuntamiento de Hoyo Casero se abrió un expediente sancionador por infracción urbanística, con orden de paralización de las obras al no ajustarse las mismas a la licencia concedida.

En el mes de julio de 2109 se aportó documentación en el Ayuntamiento de Hoyocasero por parte de Roque para la legalización de la edificación de nueva construcción denominada "caseta de aperos", según proyecto redactado por el arquitecto Esteban . Iniciado expediente de legalización de la obra ejecutada, tras contar con informe favorable del arquitecto municipal después de constatar que se habían eliminado de la construcción las instalaciones de electricidad y fontanería, los alicatados y chimenea eléctrica, condenado las ventanas no precisas para iluminación y particiones interiores, por Decreto de la Alcaldía de Hoyocasero de fecha 6 de julio de 2020 se concedió a Roque licencia de legalización de la edificación llevada a cabo, para uso vinculado (ganadero), con el carácter de provisional.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo, habida cuenta de que su estimación impediría entrar a conocer del fondo del asunto, se hace necesario abordar las cuestiones previas suscitadas por las defensas de los acusados, cuya resolución se difirió al trámite de sentencia por cuanto la dificultad de su estimación, o su íntima conexión con el delito objeto de acusación, aconsejaron su examen en sentencia y no en el trámite contemplado en el Art. 786.2 Lcrim.

Respecto al momento de resolución de tales cuestiones previas, han sido diversas las posiciones -como dice la STS 1048/2013, de 19 de septiembre- que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo acerca del momento en que se debe resolver "las cuestiones previas previstas en el art. 786.2 de la LECr: al inicio de la vista oral del juicio o ya en la sentencia que pone fin a la fase de plenario, lo cierto es que la línea interpretativa predominante en la Sala permite ambas opciones, debiendo atenderse al caso concreto y a la índole de la cuestión suscitada; de modo que en los supuestos en que no resulte imprescindible la práctica de prueba para adoptar una decisión sobre la cuestión planteada, sí cabe que se decida sobre ella al inicio de la vista oral, dejando en cambio la decisión para sentencia cuando fuera precisa la práctica de prueba para conocer sobre el problema suscitado. Es más, el art. 786.2 de la LECr dispone que el Tribunal resolverá en el mismo acto sobre las cuestiones planteadas, otorgando así prioridad a la resolución de la cuestión con anterioridad al momento de la sentencia, siempre que ello resulte factible."

En el presente caso, dada la íntima conexión de la cuestión previa suscitada por la defensa del acusado Roque , relativa a la influencia que podría tener en el devenir de la causa la postrera legalización administrativa de la obra cuya falta de ajuste a la legalidad urbanística dio lugar a la incoación del procedimiento, con uno de los delitos objeto de enjuiciamiento, en concreto con el delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el Art. 319.2 Cp, del que es objeto de acusación, aconsejó diferir la resolución de las cuestiones previas suscitadas al trámite de sentencia.

SEGUNDO.- Tales cuestiones previas fueron las siguientes:

Por la defensa de Roque se invocó la vulneración de los principios de tipicidad y legalidad penal desde el mismo momento en que la construcción de la caseta de aperos que dio lugar a la presente causa fue legalizada mediante Decreto de 6 de junio de 2.020, del Ayuntamiento de Hoyocasero, por el que, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y la ejecución de obras de corrección, se concedió licencia de legalización de la referida caseta.

Por la defensa de Roman se invocó, en relación al delito de prevaricación urbanística por el que venía acusado, previsto y penado en el Art. 320.1 Cp, que la acusación popular, única que ejercía la acusación respecto de Roman , carecía de legitimación activa para mantenerla por cuanto no concurre el interés social (STS 8 de abril de 2.008) que actúa como base fundamentadora de dicha legitimación, sobre todo y teniendo en cuenta que la obra de referencia ha sido objeto de legalización siendo así que, además, las reformas o correcciones necesarias para dicha legalización solo afectaron al interior de la construcción, ámbito espacial ajeno a la actuación del acusado como Alcalde. Careciendo de legitimación activa la acusación popular para sostener la acusación, y no ejercitando la acción pública el Ministerio Fiscal respecto de dicho acusado, en aplicación del principio acusatorio, se interesó pronunciamiento excluyente de responsabilidad penal en relación con Roman .

TERCERO.- Dada la influencia que presenta respecto a la delimitación del aspecto subjetivo del objeto del presente procedimiento se abordará, en primer lugar, la cuestión previa suscitada por la defensa de Roman .

A este respecto, conviene señalar que la querrela que dio origen a las presentes actuaciones se formuló por D. Remigio , a la sazón concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero, en calidad de acusación popular, siendo objeto de esta como querrellado, únicamente, Roman , y únicamente por el delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el Art. 320.1 Cp.

Como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Audiencia Provincial, en Auto de fecha 17 de junio del presente año, nº 192/2.022, rollo 156/2.022: "El Art. 101 Lcrim establece que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos españoles podrán ejercerla con arreglo a los principios de la ley. Así consecuentemente el ejercicio de la acusación en los procesos penales no se atribuye en régimen de monopolio al ministerio fiscal, sino que por el contrario con carácter general se establece que todos los ciudadanos podrán ejercitar, sin perjuicio de las limitaciones que se previenen en distintos preceptos, la acción popular.

El propio Art. 125 CE determina que los ciudadanos podrán ejercitar la acción popular. También el Art. 19, apartado primero de la LO 6/1.985 de 1 de julio del Poder Judicial establece que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley. Puestos en relación estos Arts. con los Arts. 105, 270, 271 y 280 Lcrim, el acusador popular debe comparecer en la causa por medio



de procurador con poder especial y letrado, sin que pueda serle nombrado de oficio. Además, debe constituir fianza de la clase y en la cuantía que el juez determine, para responder de las resultas del juicio.

Es decir, la tutela jurisdiccional en materia penal incluye el ejercicio de la acción penal por las personas privadas, como consecuencia de lo cual, e independientemente de la que viene encomendada al ministerio fiscal que tiene el derecho-deber de ejercitar la acción penal (Art. 105 de Lcrim), como defensor de la legalidad (Arts. 124.1 CE y 435 LOPJ), se atribuye su ejercicio a los propios perjudicados por el delito mediante la llamada acción particular, así como también a todos los ciudadanos españoles, sean o no ofendidos por el delito, a través de la acción popular, lo cual nada tiene que ver para que el legislador tenga prevista una serie de particularidades en este último caso, con objeto de evitar abusos ilegítimos, tales como las referidas a la presentación de la querrela a la que alude el Art. 270 o a la prestación de fianza del Art. 280 ambos Lcrim (STS de 10 de julio de 1.995).

Ahora bien, cuando se trata de intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo y corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos, como precisa la STS de 5 de abril de 2.002, la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular.

En efecto la citada STS de 5 de abril de 2.002 afirma que "en el motivo primero, con base en el artículo 849.1 de Lcrim, se alega infracción del Art. 123 Cp y de los Arts. 110, 239 y 240 de la citada ley procesal, en relación con lo previsto en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local; infracción producida al alterar la sala de instancia la condición de acusación particular que se había atribuido a ... , concejala y portavoz del grupo municipal socialista (P.S.O.E.) del Ayuntamiento de Marbella, con la consecuencia de no contener la sentencia pronunciamiento alguno respecto al pago de las costas a ella relativas.

Dos son pues las cuestiones que se plantean: A.- Consideración procesal de la recurrente, acusación particular o acusación popular. B.- Repercusión que ello supone en cuanto al pago de las costas.

Respecto al primero de los temas, en el Auto de esta Sala de 2 de noviembre del año 2.001, citando el de 19 de abril de 1.999, se dice:

a.- De todo delito público nace una acción particular, que corresponde a los perjudicados directamente por el hecho punible (Art.110 Lcrim), y una acción pública que corresponde a todos los ciudadanos españoles (Art. 101) que se encuentra refrendada en el Art. 125 de la Constitución bajo el tradicional nombre de acción popular.

b.- Los concejales de un municipio, cualquiera que sea el partido político al que pertenezcan, no pueden considerarse directamente ofendidos o perjudicados por los delitos que se hayan podido cometer por otros integrantes de la corporación pública en el ejercicio de sus funciones.

c.- El bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación, cohecho y usurpación de funciones o cualquier otro relacionado con el ejercicio de la función pública es el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática. Existe un incuestionable interés general de todos los ciudadanos en que los órganos de la administración del estado en general y de las demás administraciones públicas en particular respondan a criterios de legalidad y efectividad con lo que se refuerza el estado de derecho y la confianza de los ciudadanos en las personas que por representación o por cualquier otra causa ejerciten funciones de relevancia e interés general. Se trata de un interés difuso, que no puede ser encarnado por ninguna persona en particular ni siquiera por aquellas que están integradas también en el organismo o corporación en que se han desarrollado los hechos que presumiblemente pudieran tener el carácter de delictivos. Pertenece a la comunidad en general y por ello la única forma de personarse en unas actuaciones penales en concepto de parte es a través del ejercicio de la acción popular".

Ello supone que como se dice tanto en la sentencia de instancia como en el Auto de aclaración de la misma de 24 de octubre de 2000, estamos ante un caso de ejercicio de la acción popular".

CUARTO.- La reciente jurisprudencia ha perfilado el alcance de la acción popular cuando de personas jurídico públicas se trata y en consecuencia también cuando de funcionarios públicos se trata y hablamos de intereses difusos.

La STS de 26 de febrero de 2.013 recalca que "en los últimos tiempos se ha visto en la doctrina, con preocupación, que las personas jurídico-públicas parecen haber desarrollado una creciente vocación participativa en los procesos penales, o en puntuales procedimientos de la rama criminal, en los que no tienen la condición de ofendidos ni de perjudicados. Ello ha ocurrido especialmente con relación a la violencia contra la mujer y respecto a la corrupción urbanística. En el primer caso la personación, para ejercitar la acción popular, goza de un respaldo legal, a través de diversas leyes autonómicas, y después, por medio de la (doctrinalmente



así calificada) "confusa" legitimación otorgada en la ley orgánica 1/2004 al delegado especial del gobierno para la violencia de género. En el segundo caso, aun no existiendo previsión normativa alguna, las administraciones territoriales y, en concreto, las comunidades autónomas correspondientes, se han ido personando, por ejemplo, en investigaciones muy conocidas por cohechos y prevaricaciones.

Sin embargo, esta hipertrofia acusatoria se considera que tiene su importancia, no sólo porque puede afectar al derecho de defensa, sino porque puede convertir el proceso en aún más lento y crear una pluralidad de acusaciones públicas que, en cuanto no son ofendidas por el delito, no pueden tener en el proceso penal un interés diferente al representado por el ministerio fiscal. Y es que, en estos casos, la acción "pública", que pertenece a la sociedad en general, y no a ninguna administración territorial, se ve representada por el ministerio fiscal, constitucionalmente regido por los principios de legalidad e imparcialidad y llamado a ejercer la acción de la justicia, conforme al Art. 124 CE.

En efecto, como supuesto esencial de "interés público tutelado por la ley", la acción pública penal pertenece en exclusiva al ministerio fiscal, conforme al Art. 124 CE. Esto arrastra una consecuencia: ninguna administración puede arrogarse una acción pública penal con la excusa de su posible conexión con alguna de sus competencias. El gobierno de una comunidad autónoma puede ser competente, por ejemplo, en materia de protección del medio ambiente, pero eso no le legitima para ejercer acciones públicas penales por delito ecológico.

Cuando en el ejercicio de sus competencias, observa la posible comisión de un tipo penal, conforme a las normas reguladoras del procedimiento administrativo, debe ponerlo en conocimiento del ministerio fiscal, con suspensión del expediente sancionador. Una persona jurídica pública puede, en principio, ejercer la acusación particular en cuanto "ofendido" o "perjudicado" por el delito en los mismos términos que un particular, pero no puede invocar sus atribuciones y competencias como elemento que le atribuya un interés suficiente para la personación como acusador "público", ni puede enmascarar esa condición bajo la fórmula de una acusación popular reservada a los ciudadanos, pero no a las administraciones. La acción popular es una concesión a la participación del pueblo en la justicia, pero no a la participación de más poderes en la justicia.

Este trascendente tema ha sido tratado por la jurisprudencia constitucional (STC 129/2.001, 311/2.006, 8/2.008 y 38/2.008), así como por el Tribunal Supremo (Auto de trece de marzo de 2.007).

En efecto, la STC 129/2.001 de 4 de junio en su fundamento jurídico quinto excluye con carácter general la personación como acusación popular de personas jurídicas públicas, al señalar que "es claro, en todo caso, que, dados los términos del artículo 125 CE, no puede estimarse dicha pretensión. En efecto, este precepto constitucional se refiere explícitamente a los ciudadanos, que es concepto atinente en exclusiva a personas "privadas", sean las físicas, sean también las jurídicas, tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política".

La STC 311/2.006 de 23 de octubre, al tratar la personación, rechazada en vía ordinaria, de la administración autonómica valenciana en un caso de violencia de género, matiza las afirmaciones de su sentencia 129/2.001. El tribunal constitucional estima que la personación debió admitirse, aunque recalca la falta de cuestionamiento de la constitucionalidad de la concreta norma atributiva de legitimación. El tribunal realiza dos consideraciones. Por una parte, da por buena la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 129/2.001, pero no tanto porque quepa interpretar restrictivamente el término "ciudadanos" utilizado en el Art. 125 CE, sino, más bien, porque, siendo la acción popular un derecho de configuración legal, su extensión subjetiva depende de la normativa de desarrollo, habiendo reservado legítimamente la Lcrim el acceso a este mecanismo participativo a las personas (físicas y jurídicas) privadas. No obstante, existiendo un precepto con rango de ley que prevé la concreta legitimación de una persona jurídica pública en ciertos delitos de violencia contra la mujer, el juez no puede desconocerlo. Si estima que no es acorde a la constitución, debe, en su caso, plantear la cuestión de inconstitucionalidad. No obrando así, el deber del juez es aplicar el precepto postconstitucional con rango de ley.

En definitiva, se sostiene sencillamente que no hay habilitación legislativa general para que las personas jurídicas públicas ejerzan la acción popular, por lo que ha de ser un concreto precepto de ley el que recoja esa opción.

Esta nueva doctrina constitucional ha sido acogida por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (Auto de trece de marzo del año 2.007), que, al contrastar el contenido de las sentencias 129/2.001 y 311/2.006, apartándose expresamente de la posición sostenida en el Auto de 20 de junio del año 2.003, ha realizado interesantes apreciaciones. Según esta resolución: "se constata que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución que, sin embargo, debemos entender como inacabada. Y decimos esto porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídico-públicas sean titulares de la acción popular.



Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de inconstitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, decíamos antes que la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establezca fuera recurrida ante este tribunal. Es decir, la sentencia número 311/2.006 de 23 de octubre no niega con la rotundidad que lo hace la sentencia número 129/2.001 de 3 de julio que las entidades jurídico-públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que, si una entidad jurídico-pública ejerce una acción popular porque así lo reconoce un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se pronuncia) y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad".

En esta situación, el Auto del Tribunal Supremo aludido llega a las siguientes conclusiones:

1.- Ante todo, siendo lo relevante conforme a la nueva doctrina constitucional la concreta regulación del derecho de acción popular considera que el sistema general de la ley de enjuiciamiento criminal no permite inferir que sea posible su ejercicio por entidades públicas. Y esto por dos motivos:

a.- Por razones de coherencia interna del sistema, ya que, si las entidades jurídico-públicas defienden, por definición, cuando actúan como acusación popular, intereses públicos y generales, para esa defensa ya se cuenta, en el proceso penal, con la figura del ministerio fiscal.

b.- Porque los derechos del acusado podrían verse seriamente afectados, pues el acusado debería defenderse frente a dos entidades públicas, el ministerio fiscal y la persona jurídico-pública, que no son ofendidas por el delito y defienden intereses similares. En definitiva, mediante el uso generalizado de la acción popular se llegaría a generar una acción pública alternativa.

2.- En segundo lugar, no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular "por silencio de la ley", al no resultar de aplicación directa el Art. 125 CE. Es preciso que la ley "regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción" conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa.

La interpretación efectuada por la STC 311/2.006 se ha visto confirmada y ampliada en dos pronunciamientos del TC del año 2.008. En primer lugar, la STC 18/2.008 de 31 de enero, que reitera los argumentos referidos. Un tribunal penal no puede rechazar la aplicación de la ley autonómica que contempla la legitimación del gobierno de la comunidad en un proceso de violencia de género (en este caso, el Art. 18 de la ley madrileña 1/2004 de 1 de abril, ya que no le corresponde la fiscalización de las normas postconstitucionales con rango de ley. En su escueto fundamento jurídico, el Tribunal se remite a la sentencia 8/2.008 de 21 de enero. Esta supone un paso cualitativo, pues admite más claramente la constitucionalidad de las normas autonómicas atributivas de legitimación en concepto de acción popular, amparándose en que, conforme a la doctrina sentada en la STC 175/2.001 de 26 de julio, la norma es expresa y ha de interpretarse conforme al principio "pro actione", sin referencia alguna al hecho de que la ley autonómica no haya sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad.

Resulta evidente que el supuesto de hecho de estas sentencias nada tiene que ver con el aquí examinado en el que no existe tal norma expresa habilitante. Fuera de las concretas hipótesis legales de delitos de violencia contra la mujer, rige la normativa general de la Lcrim. Para la interpretación de las reglas de la Lcrim impera la doctrina de la STC 129/2.001 de 4 de julio, no porque el Art. 125 CE restrinja necesariamente la acción popular a personas privadas, sino porque, siendo un derecho de configuración legal, el desarrollo general del precepto contenido en la Lcrim así lo hace.

Puede pues concluirse, con un destacado sector de la doctrina, que de la lectura conjunta de los Arts. 124 y 125 CE se desprende, sin mayor dificultad, que un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y que la acción pública penal sólo corresponde al ministerio fiscal. Y, más aún, que la interpretación de la titularidad de un derecho constitucional tiene que depender de la propia naturaleza de ese derecho. De modo que, considerar que un ente público es titular de un derecho de participación ciudadana, es poco sostenible y puede llevar a conclusiones absurdas, tales como encontrarse participando, con la máscara de simple ciudadano, en el ejercicio de funciones que no le corresponden, como es -entre otras imaginables (como votar en unas elecciones o participar en un jurado popular)- la persecución penal de los delitos atribuida al ministerio fiscal, en representación de toda la sociedad".

Más recientemente la STS de 24 de febrero de 2.021 afirma que "Alegada vulneración del principio de igualdad de armas por indebido reconocimiento a dos de las partes de legitimación para ejercer la acción particular.



1.2. Comencemos por los óbices de legitimación identificados por el recurrente y la posible afectación al derecho a la igualdad de armas y, con él, al nivel constitucionalmente exigible de equidad del proceso.

No cabe negar que las decisiones sobre legitimación para el ejercicio de la acción penal pueden afectar sensiblemente al contenido de equidad y de justicia garantizado constitucional y convencionalmente al que debe responder todo proceso. Nadie puede verse arbitrariamente privado de acceder al proceso cuando ostente suficiente legitimación y, en justa correlación, nadie puede acceder al proceso si carece de las exigibles y necesarias condiciones de intervención.

La entrada en el proceso penal, por la densidad constitucional de los intereses en juego, no puede convertirse en una suerte de actividad de parte incontrolada o incontrolable. Lejos de ello, los tribunales debemos asumir con rigor la función de controlar que se cumplen, muy particularmente en los supuestos de acusaciones populares y particulares, las condiciones materiales de legitimación y las cargas procesales de admisión.

Si bien el derecho de acceso no puede verse arbitrariamente limitado, por ejemplo, mediante la fijación de fianzas que superen de manera desproporcionada la capacidad satisfactiva de la parte, por la identificación de requisitos o condiciones inexistentes o por interpretaciones excesivamente formalistas o arbitrarias de las previstas en la ley (véanse las STC 326/1.994, 50/1.998 y 218/2.007), también debe garantizarse con la misma rotundidad que ninguna persona pueda verse acusada por una parte que carece de condiciones para ello.

El proceso equitativo, en los términos diseñados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véanse por todas las sentencias caso Pélissier y Sassi contra Francia de 25 de marzo del año 1.999 y caso Karatas y Sari contra Francia de 16 de mayo del año 2.002) es aquel en el que todos los intervinientes gozan de un mismo espacio de alegación y de defensa contradictoria de sus intereses, sin que puedan producirse indebidos desequilibrios o desigualdades carentes de justificación entre las diferentes situaciones procesales.

Porque, en efecto, la presencia y el mantenimiento de una parte acusadora en el proceso, careciendo de condiciones para ello, puede introducir indebidos desequilibrios, hipertrofiando las expectativas de éxito de la acción penal y menoscabando, con ello, las de la defensa (véase al respecto la STS 149/2.013 de 26 de febrero. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades extensivas que pueden proyectarse sobre la actividad probatoria, el objeto procesal, el alcance "normativo" de la acusación, las posibilidades de recurso o el mayor coste de los gastos procesales que por vía de costas deba asumir la persona que resulte declarada penalmente responsable.

Dichos potenciales factores de desequilibrio chocan con un punto de partida insoslayable en el proceso penal: el estatuto constitucional reforzado del que debe gozar la persona acusada, en los términos contundentemente afirmados por el TC (véase la STC 112/2.015). La protección efectiva del derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia, como ejes constitucionales del propio modelo procesal, prestan incuestionable contenido y consistencia a dicho estatuto reforzado que entre muchas manifestaciones debe proyectarse en una interpretación constitucionalmente orientada de las reglas que posibilitan el ejercicio del derecho de acusar, evitando exacerbaciones no justificadas.

1.3. Partiendo de lo anterior, tiene razón el recurrente cuando cuestiona el indebido reconocimiento de la condición de acusador particular en este proceso al ayuntamiento de Miranda de Ebro. Ni su relación con el bien jurídico protegido por la infracción que ha sido objeto de acusación ni, desde luego, su condición de persona jurídica pública le otorgan legitimación para dicho ejercicio.

En modo alguno puede reconocerse su condición de víctima a los efectos del Art. 109 bis Lcrim en relación con lo previsto en el Art. 2 de la ley 4/2.015 reguladora del estatuto de la víctima. Ni tan siquiera el más que difuso daño reputacional corporativo podría ser fuente de legitimación para ejercitar la acción penal. Tampoco por la vía del Art. 110 Lcrim como actor civil.

Pero, además, en el caso, no cabría aplicar una suerte de regla de conversión por equivalencia funcional en el sentido de que, si bien no reuniría las notas para ejercer la acción particular, cabría acudir a la legitimación popular que ofrece al Art. 101 Lcrim. Por una razón constitucional esencial: la cláusula de acción popular del Art. 125 CE reclama, como ha puesto de relieve el tribunal constitucional en sus sentencias 311/2.006, 8/2.008 y 18/2.005, un desarrollo normativo específico habilitante cuando se trate de personas jurídico-públicas. "Es a la ley procesal, tal como se precisa en la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 175/2.001, a la que corresponde determinar los casos en los que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado" (fundamento de derecho octavo) -doctrina que supuso una sensible corrección a lo mantenido en la STC 129/2.001 sobre el alcance del término ciudadano en el contexto del Art. 125 CE-.



De tal modo, y como se precisa en el propio Art. 125 CE, la acción popular podrá ser ejercida "en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine" y, si bien en la Lcrim se prevé con carácter general en todo tipo de procesos (Art. 101), no contiene, sin embargo, la previsión específica habilitadora para su ejercicio por las administraciones públicas.

La doctrina de esta Sala, a la luz de la del Tribunal Constitucional, ha incidido también en el alcance del Art. 101 de la Lcrim con relación a las administraciones públicas, señalando "que no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular por silencio de la ley, al no resultar de aplicación directa el Art. 125 CE. Es preciso que la ley regule expresamente las condiciones de ejercicio de la acción conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa" (véase la STS 149/2.013 de 26 de febrero).

1.4. Y no es otro el caso que nos ocupa. La actuación del ayuntamiento en este proceso como parte acusadora popular carecería también de toda habilitación normativa. Ni podría otorgarla, desde luego, un acuerdo plenario de la corporación ni, tampoco, las previsiones genéricas habilitantes de la ley de régimen local para la defensa de intereses colectivos o públicos".

QUINTO.- Por tanto, dado que en supuestos como el presente no existe ninguna ley ni de ámbito estatal ni de ámbito autonómico que legitime a las corporaciones o entidades locales para el ejercicio de una acción popular para la persecución de los delitos contra la ordenación del territorio, por más que los ayuntamientos tengan competencia en materia de urbanismo, no puede ni el ayuntamiento de(Ávila) ni ninguno de los funcionarios públicos que prestan servicio para tal ayuntamiento, incluidos los concejales, ejercer la acción popular; podrán ejercer la acción popular en esta clase de delitos, como en cualquier otra clase de delitos, las personas españolas privadas ya sean personas físicas o ya sean personas jurídicas, pero no ninguna corporación local o cualquier otra entidad local de ámbito menor al municipio ni tampoco los funcionarios o autoridades públicas que forman parte de tales corporaciones o entidades locales (alcalde, concejales, jefes de servicio o de seguridad, funcionarios públicos, agentes de la autoridad, etc) salvo que exista, se reitera, una ley habilitante para tal ejercicio de la acusación popular especialmente en esta clase de delitos ya sea de ámbito estatal o ya sea de ámbito autonómico, lo cual no es el caso".

En el mismo sentido, el Auto de esta misma Audiencia Provincial de fecha 22 de julio de 2.021, rec. 135/2.021.

Sentado lo anterior, en aplicación de la misma doctrina, de la que no existe mérito o razón para apartarse, no cabe sino estimar la falta de legitimación activa del querellante para sostener la acusación mediante el ejercicio de la acción popular, habida cuenta de que a la fecha de formulación de aquella ostentaba la condición de concejal del ayuntamiento a cuyo alcalde hace objeto de acusación precisamente por uno de los delitos de los llamados de intereses difusos. Siendo ello así, la querrela iniciadora del procedimiento no debió ser admitida, pero una vez tramitado el procedimiento, tal causa de inadmisión da lugar a un improcedente ejercicio de la acción penal por quien carece de legitimación activa para ello, ya que aquel defecto de legitimación proyecta sus efectos a todo lo largo de la causa, viciando ab initio tanto el ejercicio de aquella acción popular como su posterior vertiente acusadora, por lo que dicha acusación popular debe ser expulsada de la causa.

SEXTO.- En este punto hay que recordar que uno de los principios básicos sobre los que se asienta nuestro sistema jurídico penal es el acusatorio, por el que, con carácter general, nadie puede ser condenado sin que exista una petición expresa en tales términos; supone una garantía del Estado de Derecho en que nos encontramos, que refuerza el sistema de garantías de que dispone cada ciudadano.

En concreto, la Jurisprudencia ha desarrollado su contenido, y a modo de ejemplo la STC de 28 de noviembre de 1994 dice "...Conforme a doctrina constante de este Tribunal, los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informados de la acusación y a un proceso con las debidas garantías suponen, considerados conjuntamente, que en todo proceso penal, incluidos los juicios de faltas, el acusado deba conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poder defenderse de forma contradictoria frente a ella, así como que el pronunciamiento del Juez o Tribunal se efectúe precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia (entre otras muchas, 57/87, 47/91, 182/91, 11/92 y 56/94).

Así las cosas, habiéndose acogido la falta de legitimación activa de D. Remigio para el ejercicio de la acción popular y siendo la única parte que sostenía la acusación contra Roman, no cabe sino absolverle libremente del delito previsto y penado en el Art. 320.1 Cp por el que venía acusado.

A ello no obsta el que, en el trámite de conclusiones, el Ministerio Fiscal modificase las provisionales y se adhiciese a la acusación formulada por la acusación popular en relación a Roman y ello porque, excluida ésta, la adhesión ha de correr la misma suerte que la acusación principal. Considerarlo de otro modo supondría una



vulneración del principio acusatorio. En efecto, como expresa la STS nº 674/2019, de 16 de enero de 2020, "según reiterada doctrina jurisprudencial, (entre otras podemos citar nuestra sentencia nº 167/2019, de 28 de marzo, con expresa cita de la nº 675/2016, de 22 de julio) el principio acusatorio se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte procesal ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación o introducidos por la defensa. Lo esencial es que el acusado haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado formulados por acusación y defensa. Ello implica que debe existir correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia.

Esa correlación se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de aquélla, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso; a los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada; y, por último, a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo con el contenido en la acusación (SSTS 241/2014, de 26 de marzo o 578/2014, de 10 de julio."

Sobre la modificación de conclusiones por la acusación y el derecho de defensa la STS nº 631/2019, de 18 de diciembre, expresa: "En principio, todas las partes -también las acusaciones- gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones definitivas, a la vista del desarrollo del juicio, las alteraciones que estimen convenientes. Ese principio de libertad rige sin fisuras para las defensas. Tratándose de las partes activas han de establecerse algunos límites: no caben mutaciones de los elementos básicos y esenciales que identifican la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los escritos de acusación. El derecho de defensa exige el conocimiento previo de la acusación. Han de proibirse imputaciones sorpresivas en los momentos finales del procedimiento, que impidan o dificulten la utilización de los adecuados medios -de prueba y alegaciones- para una eficaz defensa....

...Es verdad que no toda modificación de conclusiones es admisible. Hay que respetar el principio de unidad de objeto del proceso penal con las excepciones derivadas de la conexidad (art. 17). El objeto del proceso penal, empero, es un *factum* y no un crimen. La modificación de conclusiones no puede en principio variar el objeto procesal sustituyendo unos hechos por otros distintos desde el punto de vista naturalístico; pero sí puede variar su valoración jurídica.

Si como consecuencia de la actividad probatoria desplegada en el juicio oral aparecen hechos distintos no conexos a los que son objeto de enjuiciamiento, en principio no es dable introducirlos en la calificación definitiva (afirmación que también permitiría alguna modulación que ahora no es del caso). Pero no hay límite para reformatear o perfilar su significación jurídico penal.

Lo que hay que respetar es la identidad sustancial del hecho (que no del título de imputación -*titulus condemnationis*-). En todo lo accidental, también en aquello que, no suponiendo variación sustancial fáctica, tiene relevancia jurídica (base factual de las atenuantes o agravantes o del grado de participación o ejecución) la libertad para modificar las conclusiones provisionales carece de límites, aunque está compensada, para ahuyentar cualquier género de indefensión, por el mecanismo del art. 788.4º LECrim.

Claramente lo afirmaba la STS 1185/2004 de 22 de octubre con cita de abundantes precedentes, también del Tribunal Constitucional (STC 33/2003, de 13 de febrero): "si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo)".

Nada obsta, dentro de los límites constitucional y jurisprudencialmente aludidos, a que el Ministerio Fiscal modifique sus conclusiones provisionales, ahora bien, lo que es inadmisibile, desde el punto de vista del derecho de defensa (Art. 24 CE) y del principio acusatorio, es que en trámite de conclusiones definitivas el Público Ministerio introduzca *ex novo* y por primera vez una pretensión punitiva, aun cuando por vía de adhesión a una acusación expulsada del procedimiento, por unos hechos y en relación a una persona respecto de la que, ni durante la fase de instrucción ni en su calificación provisional, había considerado meritoria de reproche penal alguno porque la determinación del contenido de la sentencia viene dada por la acusación formulada y materializada en las conclusiones definitivas del acto del juicio oral, aunque difieran de la provisionales



anteriormente presentadas, siempre que se formule contra las mismas personas y mantenga la identidad esencial de los hechos sometidos a enjuiciamiento.

Por todo ello, excluidas del objeto de enjuiciamiento tanto la acusación popular como la adhesión formulada por el Ministerio Fiscal, no cabe sino dictar sentencia absolutoria respecto a Roman por el delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el Art. 320.1 Cp, por el que venía acusado.

SÉPTIMO.- En atención al contenido de los ordinales anteriores, delimitado y centrado el objeto de debate únicamente en la acusación mantenida por el Ministerio Fiscal respecto a Roque, por un delito contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, previsto y penado en el Art. 319.2 Cp, se está en condiciones de abordar la cuestión previa sometida a consideración de la Sala por su defensa.

Antes de abordar la misma, y con carácter previo, es de reseñar que el Ministerio Fiscal, a pregunta directa de la Sala, manifestó expresamente en el acto del juicio oral que no impugnaba ni ponía en duda la legalidad o regularidad del expediente de legalización de la obra en cuestión ni del Decreto de fecha 6 de julio de 2.020, quedando tanto uno como otro fuera de su escrito de acusación provisional y de sus conclusiones definitivas, situando la ilicitud de la conducta en el estado de la construcción en el momento de su ejecución.

Siendo ello así, la cuestión a dilucidar es estrictamente jurídica y se centra en determinar la influencia que, desde la antijuridicidad de la conducta, despliega o puede desplegar una postrera acomodación a la legalidad urbanística de la construcción irregularmente ejecutada.

La existencia de un decreto de legalización de la obra es suficiente para sembrar duda en el órgano sentenciador sobre la condición de autorizables de las actuaciones urbanísticas realizadas por el acusado y descritas en los hechos declarados probados, lo que de por sí abocaría al dictado de una sentencia absolutoria. En definitiva, las pruebas practicadas ponen de manifiesto que la obra realizada por el acusado se situó espacialmente en el lugar expresamente señalado por la Confederación Hidrográfica del Tajo, y que no sólo era autorizable sino que, incluso, ha sido legalizada una vez cumplidos los requisitos exigidos en el expediente de legalización y previo informe favorable del arquitecto municipal, según consta en autos y depuso en el acto del juicio oral. De ello se infiere que el bien jurídico protegido por el delito objeto de acusación, en todo caso, quedaría salvaguardado con las decisiones que se han adoptado en el procedimiento administrativo. Todo ello lleva a concluir que o bien no se cumple uno de los requisitos del tipo penal consistente en el carácter no autorizable de las obras realizadas, o, en cualquier caso, a este Tribunal le surgen serias dudas al respecto, todo lo cual, al fin y a la postre, debe desembocar en el dictado de una sentencia absolutoria.

Es más, en relación al tipo previsto y penado en el Art. 319.2 Cp, y, en concreto, respecto al elemento del mismo relativo a "edificación no autorizable", se ha de señalar que el término "no autorizable" implica que la edificación en cuestión no ha sido autorizada y que tampoco es susceptible de serlo. La expresión "autorizable" es un concepto jurídico indeterminado, que forma parte de una norma penal en blanco, y, en cuanto tal, ha de ser integrado en cada caso concreto acudiendo a la normativa urbanística y a los instrumentos de planeamiento urbanístico (planes generales, proyectos de delimitación del suelo urbano, normas subsidiarias de planeamiento y planes especiales) que resulten de aplicación.

En definitiva, que la edificación sea "autorizable" supone que la obtención de la autorización deriva de la propia aplicación de la normativa urbanística o de los instrumentos de planeamiento vigentes a la edificación de que se trate en cada caso concreto o de la posibilidad de adecuación de la edificación a tales normas e instrumentos.

Igualmente, consideramos que para aplicar el delito tipificado en el Art. 319.2 Cp y para apreciar la concurrencia de sus elementos, se ha de estar al momento de consumación de la infracción penal (determinado por la fecha de ejecución de la edificación), o, en su caso, al momento de enjuiciamiento de los hechos.

Y, en el caso de autos, la edificación ejecutada por el acusado si bien no se acomodaba a la normativa urbanística al tiempo de cometerse el delito (año 2.017), como consecuencia de la disciplina administrativa urbanística (expediente sancionador por infracción urbanística, con orden de paralización de las obras al no ajustarse las mismas a la licencia concedida), en el momento del enjuiciamiento ha pasado a estar legalizada mediante Decreto municipal de 6 de julio de 2.020.

En relación con el bien jurídico protegido por los delitos contra la ordenación del territorio y la aplicación del principio de intervención mínima, resulta de interés lo declarado por la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no 363/2006, de 28 de marzo, en su Noveno Fundamento de Derecho, según el cual:

"Pues bien no podemos olvidar que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa", sobre del ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la



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

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

Consecuentemente una cosa es que la realización de estos delitos presuponga que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los Arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal".

La eficacia del despliegue de la disciplina urbanística administrativa en el presente caso para reponer y proteger el bien jurídico protegido revela que la infracción cometida no integra con la suficiente entidad la gravedad requerida para la concurrencia del tipo penal objeto de acusación, debiendo regir el principio de intervención mínima o de ultima ratio del ordenamiento penal, conduciendo a la misma conclusión absolutoria anteriormente alcanzada.

OCTAVO.- En materia de costas procesales, se declaran de oficio las costas causadas por la acusación formulada contra Roque , conforme al Art. 240 Lcrim.

En relación con las costas causadas por la acusación formulada contra Roman , según señala la STS de 12 de mayo de 2.016 (doctrina reiterada en STS de 24 de marzo de 2.022): "La fuente normativa viene constituida por el artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero la misma exige una interpretación que jurisprudencialmente se ha ido configurando en las siguientes pautas que extraemos de las múltiples sentencias dictadas por esta Sala.

Dos son las características genéricas que cabe extraer: a) que el fundamento es precisamente la evitación de infundadas querellas o a la imputación injustificada de hechos delictivos, y b) que, dadas las consecuencias que cabe ocasionar al derecho constitucionalmente reconocido antes indicado, la línea general de viabilidad de la imposición ha de ser restrictiva.

El punto crucial viene a ser la precisión del criterio de temeridad y mala fe a los que remite el artículo antes citado.

Al respecto hemos dicho:

a) Que el concepto de mala fe, por su carácter subjetivo es fácil de definir, pero difícil de acreditar, no así el de temeridad. La temeridad y mala fe han de ser notorias y evidentes, STS nº 682/2006, de 25 de junio Sentencia núm. 419/2014 de 16 abril y se afirma la procedencia de mantener una interpretación restrictiva de estos términos legales (STS nº 842/2009 de 7 de julio), de modo que la regla general será su no imposición (STS 19.9.2001, 8.5.2003 y 18.2, 17.5 y 5.7, todas de 2004, entre otras muchas).

b) Es necesario que la acusación particular perturbe con su pretensión el normal desarrollo del proceso penal, que sus peticiones sean reflejo de una actuación procesal precipitada, inspirada en el deseo de poner el proceso penal al servicio de fines distintos a aquellos que justifican su existencia.

c) Corresponde su prueba a quien solicita la imposición (Sentencia Tribunal Supremo núm. 419/2014 de 16 abril).



- d) No es determinante al efecto que la acusación no oficial haya mantenido posiciones en el proceso diversas, incluso contrapuestas, a la de la acusación oficial (STS 91/2006 de 30 de enero).
- e) Más cuestionable es la trascendencia de las decisiones jurisdiccionales que, a lo largo del procedimiento, controlan la admisibilidad de la pretensión. Desde la admisión a trámite de la querrela, la formalización de la imputación o la apertura del juicio oral. Y es que la apertura del juicio oral y el sometimiento a proceso penal del que luego dice haber sido injustamente acusado, no es fruto de una libérrima decisión de la acusación particular (STS 91/2006, 30 de enero). Se ha dicho que, si tales decisiones fueran necesariamente excluyentes del parámetro de la temeridad o mala fe, el artículo 240.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultaría de aplicación apenas limitada al solo caso de desviación respecto de la acusación pública, ya que la sentencia presupone el juicio oral y éste la admisión de la acusación. Si el órgano jurisdiccional con competencia para resolver la fase intermedia y decidir sobre la fundabilidad de la acusación, decide que ésta reúne los presupuestos precisos para abrir el juicio oral, la sentencia absolutoria no puede convertirse en la prueba ex post para respaldar una temeridad que, sin embargo, ha pasado todos los filtros jurisdiccionales (STS nº 508/2014 de 9 junio). No obstante, la expresión de las razones de aquellas decisiones interlocutorias pueden dar una adecuada perspectiva para la decisión sobre la imposición de las costas (STS 384/2008, de 19 junio).
- f) Como factores reveladores de aquella temeridad o mala fe suele indicarse más que la objetiva falta de fundamento o inconsistencia de la acusación, la consciencia de ello por parte de quien, no obstante, acusa. Lo que no empece que sea la evidencia de esa falta de consistencia la que autorice a inferir aquella consciencia. Así se impone la condena cuando se estime que existen "razones para suponer que no le asistía el derecho" o cuando las circunstancias permiten considerar que "no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia y sinrazón de su acción". Desde luego se considera temeridad cuando se ejerce la acción penal, mediante querrela, a sabiendas de que el querrellado no ha cometido el delito que se le imputa (STS nº 508/2014 de 9 junio).
- g) Recientemente hemos indicado como determinante que el acusador tuviera conocimiento de datos que demostrarían la inexistencia de delito y los oculta o no los aporta, dotando así de una apariencia de consistencia a la acusación que sostiene (STS nº 144/2016 de 22 de febrero).
- h) Cabe que aparezca a lo largo de tramitación, aunque no en momento inicial (SSTs de 18 de febrero y 17 de mayo de 2004).
- i) El Tribunal a quo ha de expresar las razones por las que aprecia la concurrencia de un comportamiento procesal irreflexivo y, por tanto, merecedor de la sanción económica implícita en la condena en costas (STS nº 508/2014 de 9 junio y núm. 720/2015 de 16 noviembre)".

Se recoge tal doctrina jurisprudencial a pesar de que, como luego se concluirá, no procede la condena en costas a la acusación popular porque podría resultar llamativo que, siendo absolutoria la sentencia, se declaren también de oficio las costas causadas por su ejercicio de la acción penal y ello por lo siguiente:

En primer lugar, porque no se ha acreditado que, en el presente caso, dicho ejercicio obedezca a la mala fe o temeridad de la acusación no oficial, ya que ningún esfuerzo probatorio se ha desplegado en tal sentido.

En segundo lugar, porque no se ha interesado ningún pronunciamiento sobre el particular.

En tercer lugar, porque siendo la razón de dicha absolución la apreciación de falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción penal por parte de quien ha intervenido como acusación popular, la Sala no ha entrado a conocer del fondo del asunto.

Por último, porque habiéndose adherido el Ministerio Fiscal a dicha acusación en la fase de conclusiones definitivas, aunque con los efectos anteriormente referidos, no puede sentarse con una base lo suficientemente firme que careciese de fundamento o revelase lo manifiestamente injusto de su ejercicio.

Por todo ello, se declaran de oficio todas las costas causadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás normas de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos a Roque del delito contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, previsto y penado en el Art. 319.2 Cp, y a Roman de delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el Art. 320.1 Cp, por los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas causadas.



Notifíquese la presente sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de sala, a las partes así como al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

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

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Miguel Ángel Callejo Sánchez respecto a la sentencia nº 121/2022 de fecha dieciséis de diciembre de 2022 dictada por esta Audiencia Provincial, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 11/2022 dimanante del procedimiento Diligencias Previa 686/2018, Procedimiento Abreviado núm. 56/2019 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Ávila.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El acusado, Roque (D.N.I NUM001 ,nacido el día NUM000 .1981, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario de la parcela NUM004 polígono NUM005 de la localidad de Hoyocasero (Ávila), promovió y llevó personalmente a cabo, amparado en una licencia de obra menor concedida por el Ayuntamiento de la referida localidad de fecha 9 de agosto de 2017 para la ampliación de una caseta de aperos, la construcción de una edificación nueva destinada a uso residencial a sabiendas de que ni esa edificación contaba con licencia urbanística ni podía ser autorizable por ser el uso residencial un uso no permitido en virtud de lo establecido en los arts. 23 de la LUCyL y art. 57 RUCyL, al tratarse de un Suelo Urbanizable Sector A asimilable a Suelo Rústico Común.

Las obras se llevaron a cabo aproximadamente desde el verano de 2017 a principios de 2018. La edificación se encuentra ubicada en una zona de la parcela distinta a donde se encontraba la original caseta a reformar. Se encuentra asentada sobre una base de hormigón de unos 10 metros de ancho por 12 metros de largo. La edificación cuenta con 6 ventanas, puerta de acceso, un porche de acceso de 5x4 metros. En su interior hay una habitación en la que hay a su vez tres puertas que dan acceso a otras tantas habitaciones; en la habitación inicial hay una chimenea, así como una pared azulejada, con tomas de entrada y salida de agua; una de las otras habitaciones tiene azulejadas la mayor parte de las paredes, así como se ve entrada y salida de agua.

SEGUNDO.- Según el informe elaborado por la Guardia Civil y, según Informe emitido por el Servicio Territorial de Fomento de la Junta de Castilla y León de fecha 5 de abril de 2019, "la tipología edificatoria y volumétrica de la misma, jamás podrán considerarse propias de una caseta de aperos sino, más bien, se trata de una construcción de uso residencial con tipología de vivienda aislada". La obra se encuentra a falta de remates.

La licencia fue solicitada por su padre Roman , entonces alcalde de Hoyocasero (Ávila), actuando en representación de su hijo Iván, afirmando que el constructor responsable de las obras era la sociedad mercantil Construcciones Picos S.L. de la que era administrador, dictando el mismo alcalde decreto concediendo licencia de obra siendo el beneficiario su hijo, ordenando notificarse a sí mismo, el día 10 de agosto de 2017 el citado decreto y recibiendo el propio alcalde la notificación en nombre de su hijo. Para tal obra se omitió solicitar el informe por escrito del arquitecto municipal así como tampoco se realizó la inspección ocular de la ejecución de la obra.

En julio de 2019 cuando el querellante Remigio ya no era concejal del Ayuntamiento, ni Roman era alcalde por haberse celebrado nuevas elecciones el 26 de mayo de 2019, por Roque aprovechando tal situación, se aportó documentación en el Ayuntamiento para la legalización de la caseta de aperos. En fecha 8 de junio de 2020 por el arquitecto del Ayuntamiento Jose Ramón se informa que la legalización de la edificación descrita en el proyecto del arquitecto Esteban es viable urbanísticamente. Allí se dice que no es una caseta de aperos sino que se trata de una nave vinculada a usos ganaderos.

Por Decreto del alcalde de 6 de julio de 2020 se concede licencia de legalización de la edificación. Allí se dice que la edificación al estar ubicada en suelo urbanizable, es susceptible de obtener licencia como edificación agrícola-ganadera en suelo rústico común.

Con fecha 20 de mayo de 2022 se emite informe por el arquitecto Esteban en el que se señala que el total ejecutado de acuerdo al expediente de legalización supone un 3,38 del coste total de la obra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para la mejor comprensión de todo lo sucedido se ha de tener en cuenta el Auto de esta Sala de fecha trece de febrero de 2020.



La presente resolución señala que existe falta de legitimación activa de Remigio para el ejercicio de la acción popular respecto de Roman , en lo que estoy de acuerdo en base a la Jurisprudencia señalada. En el mismo sentido ha de correr la adhesión del Ministerio Fiscal respecto a tal delito.

También se señala en el Fundamento de derecho séptimo de la sentencia:

"Antes de abordar la misma, y con carácter previo, es de reseñar que el Ministerio Fiscal, a pregunta directa de la Sala, manifestó expresamente en el acto del juicio oral que no impugnaba ni ponía en duda la legalidad o regularidad del expediente de legalización de la obra en cuestión ni del Decreto de fecha 6 de julio de 2.020, quedando tanto uno como otro fuera de su escrito de acusación provisional y de sus conclusiones definitivas, situando la ilicitud de la conducta en el estado de la construcción en el momento de su ejecución."

No estoy de acuerdo en tal afirmación respecto de Roque habida cuenta de que la acción popular ejercida en el presente procedimiento también se dirige contra Roque , hijo del anterior alcalde y aquí nunca ha existido falta de legitimación activa por parte del querellante, pues cuando se concedió licencia mediante Decreto de 6/7/2020 para la legalización de la edificación, el querellante no era concejal, ni el padre de Roque era alcalde.

Por tanto, al igual que la presente resolución distingue dos momentos:

a)El de la obtención de la primera licencia en fecha 09/08/2017, donde se podría apreciar la imposibilidad del ejercicio de la acción popular y,

b)La de fecha de concesión de la licencia ahora concedida, el 06/07/2020, momento en que Roman ya no era alcalde, ni el querellante concejal, y por tanto, sí podría ejercerse la acción popular, por lo que todo lo expuesto en el fundamento de derecho sexto y séptimo no sería aplicable y por ello ha de procederse a examinar si concurren los requisitos de un delito contra la ordenación del territorio.

Téngase en cuenta que las elecciones municipales en España se celebraron el domingo 26/05/2019, y es público y notorio que fueron elegidas dos personas por el grupo ciudadanos y cinco por el partido popular, estos últimos del mismo partido que lo fue el padre de Roque , pero en ningún caso fueron elegidos ni el anterior alcalde, ni el querellante. Como relato en los hechos probados de esta resolución, en el mes de julio de 2019 se aportó por Roque documentación para la legalización de la edificación caseta de aperos. Concluyendo, el querellante podía ejercer la acción popular respecto de este segundo expediente promovido a partir de julio de 2019 y mucho más cuando la licencia se concedió el 06/07/2020, y para un fin distinto a la caseta de aperos, como ya se señala en otro apartado.

Consecuencia de lo anterior es que la Sala no ha examinado si la concesión de la segunda licencia es conforme a derecho o no, dando por supuesto que el Ministerio Fiscal sólo se refiere a la primera licencia y no a la legalización de la segunda, y que se dice que la acusación popular no se podía ejercer respecto de ninguna cuando ello no es cierto.

En fin, todo el expediente de la segunda licencia se ha tramitado cuando el querellante ya no era concejal.

La sentencia entiende, sin más, que con la concesión de la licencia por parte del Ayuntamiento procede la absolución sin entrar en el contenido de lo planteado por el Ministerio Fiscal y la Acusación, lo que deja en indefensión a ambos.

El Ministerio Fiscal entiende que el delito por el que acusa se ha cometido cuando se edificó inicialmente la obra tal y como viene descrito en su escrito de acusación, que, en definitiva, es el mismo edificio para el que luego se concedía licencia, si bien con una variación del 3 por ciento de la valoración por el cambio o modificación de unidades de obra.

La acusación tiene en cuenta lo dicho por el Ministerio Fiscal, pero va más allá y dice que con la nueva reforma también se incumple la normativa relativa a la distancia del casco urbano de 500 metros. Tampoco nada se resuelve sobre esta cuestión, cuando se trata de una cuestión jurídica estricta, como lo es la aplicación o no de una norma, en este caso de las Normas Subsidiarias publicadas en el BOP.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 del C Penal que establece:

"Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable."

En este caso se trata de una construcción no autorizable nunca y ello por lo siguiente:



1) Se realizó inicialmente una edificación que en el momento de la inspección de la guardia civil tenía todas las características de una vivienda, como aparece reflejado en los hechos, es decir, con ventanas de PVC, con entrada y salida de aguas, con chimenea, estando alicatada alguna de las estancias, alumbrado eléctrico, etc.

2) Como se produjo la inspección de la guardia civil y la denuncia de la parte querellante o acusación popular, Iván admitió que no se trataba de una caseta de aperos, según licencia concedida por su padre y sin informe del arquitecto municipal. Ello demuestra que admitió que en ningún caso se trataba de caseta de aperos.

3) Más tarde, y dado que se había iniciado el presente procedimiento penal promovió la legalización de la obra, ya no como caseta de aperos, sino como nave agrícola-ganadera y para ello cerró varias ventanas, quitó azulejos, así como tapó los enchufes eléctricos, hecho constatado el día del juicio por la guardia civil que señalaron, como conoedores de la obra, que los enchufes tapados con yeso olían a húmedo y que como mucho se habían ejecutado dos o tres días antes de la inspección. De las preguntas efectuadas el día del juicio a los agentes de la guardia civil quedó probado que la edificación iba destinada a vivienda. Dijeron que el día de la inspección había por allí alguna gallina y oveja, si bien aquello no olía a excrementos de animales, que supuestamente habían sido colocadas para cubrir el expediente, manteniendo en todo caso que la edificación iba destinada a vivienda, y manifestaron que la construcción está a menos de 500 metros del municipio.

Para la legalización como nave agrícola-ganadera, llamada por el arquitecto municipal nave vinculada a uso ganadero, se contó con el informe preceptivo de la secretaria-interventora señora Crescencia, que dijo el día del juicio que desconocía el contenido de las Normas Subsidiarias del municipio, y que por ello no sabía que las mismas prohibían la construcción de naves agrícola-ganaderas a menos de 500 metros de la línea exterior de viviendas del municipio y que tampoco conoce la norma C 5.0.4.5 relativas a establos y criaderos de animales de las Normas Subsidiarias.

También se contó con el informe del arquitecto municipal, que el día del juicio dijo conocer el contenido de las Normas Subsidiarias del municipio y que también sabía que no se podían edificar naves agrícola-ganaderas a menos de 500 metros. A preguntas de la defensa dijo que sí podía ser legalizable como nave de uso ganadero. A preguntas de la acusación dijo que no sería legalizable como nave de uso ganadero y a su vez que no se trataba de un establo o criadero.

En fin, concluyó diciendo que estas construcciones eran comunes y típicas de la zona.

4) Con fecha 06 de julio de 2020 el Alcalde del Ayuntamiento de Hoyocasero emitía licencia en el siguiente sentido: de ser susceptible de obtener licencia como edificación agrícola-ganadera en suelo rústico común.

Ello en base a un supuesto informe de la secretaria que dijo el día del juicio desconocer todo lo relativo a las Normas Subsidiarias del municipio.

La secretaria-interventora tiene como función esencial la del asesoramiento legal preceptivo (art. 92 bis LRRL y art. 3 RD 128/2018). Este último señala que la función pública de la secretaria es la de fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.

En este caso quedó probado el día del juicio que se concedió la segunda licencia sin informe de la secretaria, pues dijo la secretaria desconocer todo lo relativo a las Normas Subsidiarias y a la norma C 5.0.4.5. relativa a establos y criaderos de animales a menos de 500 metros del casco urbano. Con ello se demuestra que se trataría de un acto nulo de pleno derecho del art. 47.1.e) de la Ley de Procedimiento Administrativo que establece que son nulos los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido pues queda probado que dentro del procedimiento no se ha emitido informe por la secretaria. Basta decir que si el día del juicio la secretaria dijo no conocer la norma de distancia de 500 metros, llevando trabajando más de 16 años en el municipio está claro que no podía asesorar jurídicamente, por lo que la licencia se ha concedido prescindiendo del procedimiento. Con ello se demuestra que la segunda licencia no era legalizable nunca, y, si no lo es, nos encontramos ante el supuesto del art. 319 del C Penal, pues el alcalde no tendría que haber concedido nunca licencia sin el informe jurídico de la secretaria, tanto más cuando existía un procedimiento penal en curso precisamente por la construcción de la edificación.

Lo mismo hay que decir del informe del arquitecto que reconoció el día del juicio que sí conocía la norma que impedía la construcción de edificios agrícola-ganaderos a menos de 500 metros del caso urbano, pero a pesar de todo informó favorablemente, designando al edificio como construcción de nave vinculada a uso ganadero si bien tal denominación no aparece definida en las normas subsidiaria, tratándose más bien de una mera invención del arquitecto.

En definitiva, el acto de concesión de segunda licencia o si se quiere mal llamada legalización, se trata de un acto vacío de contenido por no encontrarse amparado por norma alguna, y, al contrario, choca con el ordenamiento jurídico vigente, y la consecuencia no puede ser otra que la obra nunca se podrá legalizar.



TERCERO.- Lo que persigue la norma penal es evitar construcciones o edificaciones no autorizables en el suelo no urbanizable y ello con el fin de conseguirse, además de la demolición de la obra para dejar dicho suelo como antes de la edificación, castigar con penas importantes de prisión de 1 a 3 años a los que realizaran la conducta.

Es un hecho que el suelo donde se ha edificado es urbanizable. También es un hecho probado el día del juicio que en toda la zona donde se edificó sólo se construyó la denominada caseta de aperos, luego llamada edificio agropecuario por el arquitecto municipal y licencia de nave vinculada a uso ganadero y ello lo realizó el hijo del alcalde con una licencia que se concedió a sí mismo el alcalde en nombre de su hijo.

Es un hecho probado que cuando se estaba concluyendo la edificación tenía las características de vivienda con un suelo hormigonado de unos 110 metros cuadrados, lo habitual en caso de vivienda, y ello permanece en la actualidad salvo cierre de alguna ventana etc. Que entonces no era legalizable viene admitido por Roque al cambiar el destino de la obra. Después se han hecho unas mínimas reformas y solo ha cambiado la denominación de la obra. Donde antes se decía caseta de aperos (no autorizable), ahora se dice nave vinculada a usos ganaderos (sí autorizable).

Ya lo dice la STS 73/2018 de 13 de enero: "No autorizable significa que la obra ya iniciada o realizada no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, lo cual comprende tanto las obras realizadas sin licencia que no sean legalizables, como también las que contando con licencia, y al margen de posibles responsabilidades de haberse obtenido ilegalmente, no eran autorizables.

En este caso se trata de que se ha **CONTADO CON LICENCIA OBTENIDA ILEGALMENTE** por ir en contra de las Normas Subsidiarias del municipio de tal manera que se ha construido edificación que ahora se llama nave agrícola-ganadera o nave vinculada a uso ganadero a menos de 500 metros del casco urbano.

Tal actuación es nula de pleno derecho y como tal siempre recurrible y nunca produce efectos. Art. 47 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo que señala, además de lo ya dicho, que los actos de las Administraciones Públicas son actos nulos de pleno derecho en los siguientes casos: F) los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

La primera licencia de edificación era un acto nulo de pleno derecho, hecho reconocido por el propio constructor al cambiar el fin de la edificación; así como la segunda edificación a menos de 500 metros del casco urbano.

Es claro que, independientemente del resultado penal del presente procedimiento, nadie puede realizar, por prohibirlo las Normas Subsidiarias, la conducta realizada por Roque, independientemente de la denominación que se quisiera dar a la obra. De lo contrario, y por el principio de igualdad, todo propietario de terreno situado en la misma zona de la presente edificación, así como en todo el término municipal, podrá efectuar una construcción, en el suelo citado, de 110 metros cuadrados.

CUARTO.- Las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Hoyocasero (Ávila) publicadas en el BOP de Ávila de fecha 23/05/2002 establecen:

"V.04.5 SUELO RÚSTICO COMÚN

En esta categoría se incluyen los terrenos que se consideran inadecuados para su urbanización y son los así reflejados en los planos. Condiciones de Uso

Son usos permitidos todos aquellos que lo sean en virtud de la legislación vigente, sin perjuicio de las autorizaciones exigibles. Condiciones de Edificación

Se establece las siguientes condiciones de edificación en función del uso al que se vincule cada una.

A. Explotaciones Agrícolas, Ganaderas, Forestales, etc.

Edificaciones directamente vinculadas a la **explotación agrícola**

-Sin limitación de superficie.

-Altura máxima 2 plantas y 9,00 m a cornisa.

Establos y criaderos de animales.

-Sin limitación de superficie.

-Altura máxima 1 planta y 6,50 m a cornisa.

-Parcela mínima la catastral ó 2.500 m².

-Retranqueo mínimo a linderos 10,00 m.

- **Distancia mínima a Suelo Urbano 500 m."**

De lo anterior se desprende que hay que estar a la terminología establecida en tales Normas Subsidiarias que es la siguiente "establos y criaderos de animales" y no a la interesada por el arquitecto del investigado o bien por el arquitecto del Ayuntamiento.

Cabe decir que estos denominan a la edificación como "nave vinculada a usos ganaderos" cuando tal concepto jurídico no existe en dichas Normas Subsidiarias. Se trata de una terminología inventada para este caso concreto para dar cobertura a aquello que inicialmente se denominó como "caseta de aperos", si bien según su propio arquitecto para pasar de un concepto a otro solo se ha modificado el 3,3 por ciento de coste de la obra, es decir, prácticamente nada, lo que significa que sigue siendo nave de aperos, en realidad vivienda.

En fin, la denominación utilizada por Roque y por su arquitecto, y el arquitecto del Ayuntamiento, no es la comprendida en la regulación de las Normas Subsidiarias respecto a Explotaciones Agrícolas, Ganaderas y Forestales.

La terminología precisa, y es a la que hay que estar, es la de que se trata de un "establo y criadero de animales" y que ha de estar retirado del pueblo, suelo urbano a 500 m, lo que no sucede en este caso, de ahí que la licencia es totalmente concedida en contra de norma y por ello NULA DE PLENO DERECHO, llámese caseta de aperos o nave vinculada a usos ganaderos.

Pero es que el Decreto de concesión de licencia lo señala: en letras mayúsculas "Este informe.. CUMPLIRA LA NORMATIVA URBANISTICA", lo que aquí no sucede por no estar a una distancia de 500 m del suelo urbano, y ello a pesar de que la secretaria dijo el día del juicio desconocer el contenido de las Normas Subsidiarias, cuando la principal función de la misma es, por Ley, el asesoramiento legal preceptivo.

Hubiera sido más correcto dejar la obra como caseta de aperos. Al menos no hubiera incumplido lo relativo a los 500 metros, pero ha sido la propia parte la que ha admitido la imposibilidad de legalizar una nave de aperos con un suelo hormigonado de 110 m² aproximadamente y en las condiciones que obra en el informe de la guardia civil. Ahora pretende que la Sala acepte que con una modificación de obra del 3 por ciento todo quede prácticamente como estaba pero incumpliendo doblemente la norma pues nos aparece una nueva ilegalidad que es la distancia de los 500 metros al casco urbano.

En las fotografías existentes en el procedimiento se observan ovejas, un caballo y según la guardia civil gallinas lo que hace concluir que se ha de cumplir la distancia de los 500 metros respecto del casco urbano.

Concluyendo: si en la vía contencioso administrativa no existiría duda de la nulidad de la licencia que haría concluir en el derribo de la obra y ello de conformidad con lo señalado por el TS Sección 5ª R 451/2004 de 16/06/2006 y TSJ de Andalucía S. 275/2015 Recurso 1137/13 de 08/12/2015, carecería de sentido la regulación penal que precisamente trata de proteger los supuestos en que de modo flagrante se incumple la normativa urbanística mediante la inversión de terminología que no ampara la edificación.

QUINTO.- De conformidad con el art. 28 del C. Penal, es autor del referido delito Roque .

SEXTO.- Procede imponer a Roque la siguiente pena: un año y medio de prisión, una pena de multa de 24 meses, a razón de 200 euros al día y una pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor-constructor por tiempo de cuatro años. Se le condena a la demolición de la obra y la reposición a su estado original de la realidad física de la parcela NUM004 del polígono NUM005 del Catastro de Rústica de Hoyocaserero (Ávila).

SÉPTIMO.- De conformidad con el art. 123 y siguientes del Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio el cincuenta por ciento de las costas referidas a la acusación contra Roman , al haber sido absuelto.

Se impondrían a Roque el cincuenta por ciento de las costas al haber sido condenado éste.

FALLO

Que debo condenar y condeno a Roque como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo del art. 319.2 del C Penal, ello sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y medio de prisión, una pena de multa de 24 meses, a razón de 200 euros al día y una pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor-constructor por tiempo de cuatro años. Se le condena a la demolición de la obra y la reposición a su estado original de la realidad física de la parcela NUM004 del polígono NUM005 del Catastro de Rústica de Hoyocaserero (Ávila) e imposición del cincuenta por ciento de las costas causadas, incluidas las de la acusación.



Se absuelve a Roman del delito que le venía siendo atribuido. Se declaran de oficio el cincuenta por ciento de las costas incluidas las de la acusación.

Es todo cuanto tengo que exponer en este voto particular, respetando el voto mayoritario de la Sala: artículo 260 de la LOPJ.

En Ávila, a dieciséis de diciembre de dos mil veintidós.

El Magistrado

D. Miguel Ángel Callejo Sánchez

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ