



Roj: **SAP GC 1981/2011 - ECLI:ES:APGC:2011:1981**

Id Cendoj: **35016370012011100439**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2011**

Nº de Recurso: **35/2011**

Nº de Resolución: **198/2011**

Procedimiento: **Apelación sentencia delito**

Ponente: **SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJP, Las Palmas de Gran Canaria, núm. 5, 24-05-2010,
SAP GC 1981/2011**

SENTENCIA

Presidente

D./Da. MIGUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT

Magistrados

D./Da. INOCENCIA EUGENIA CABELLO DIAZ

D./Da. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA (Ponente)

En Las Palmas de Gran Canaria, a 18 de julio de 2011.

Vistos en esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal, y por el/la Procurador/a de los Tribunales D./Dna. Alicia Marrero Pulido, actuando en nombre y representación del acusado D. Victorio , defendido por el/la Letrado/a D./Dna. Lino Chaparro Cáceres; contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Penal Número 5 de Las Palmas, Procedimiento Abreviado no 144/2009 , que ha dado lugar al Rollo de Sala 35/2011, en la que aparecen como partes apeladas, respectivamente el acusado y el Ministerio Fiscal; siendo ponente el Ilmo. Sr. D. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la referida sentencia se contiene el siguiente fallo: "Que debo CONDENAR y CONDENO a DON Victorio , como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.1 y 338 del Código Penal en relación con los artículos 27, 44.4 b) 1a, 55.3.a.b, 62, 63.5, 66, 166 y ss del Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo ; con el Plan General Municipal de Ordenación publicado en el BOC de fecha 30 de diciembre de 2000; con el Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre que regula el Lugar de Interés Comunitario denominado Pino Santo; con la Ley 12/1987, de 19 de junio , de declaración de Espacios Naturales de Canarias y con la Ley 12/1994, de 19 de diciembre, de Espacios Naturales de Canarias , con la concurrencia de la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas contemplada en el artículo 21.6 del Código Penal , a la pena de TRES ANOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, con INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA; INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN U OFICIO RELACIONADO CON LA CONSTRUCCIÓN por tiempo de TRES ANOS Y UN DÍA y a la pena de VEINTICUATRO MESES Y UN DÍA DE MULTA a razón de una CUOTA DIARIA DE SESENTA EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa



impagadas contemplada en el artículo 53 del Código Penal , en caso de impago . Todo ello, con expresa imposición de las costas procesales.

Que debo ABSOLVER y ABSUELVO a los acusados DON Abel y DON Borja del delito contra la ordenación del territorio del que venían siendo acusados."

SEGUNDO.- Contra la indicada resolución se interpusieron sendos recursos de apelación por el Ministerio Fiscal y la representación del acusado-condenado D. Victorio , con las alegaciones que constan en los escritos de formalización, que fueron admitidos en ambos efectos, dando traslado de los mismos por diez días al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, con el resultado que obra en autos.

TERCERO.- Remitidas las actuaciones a esta Audiencia en fecha 24 de enero de 2011, tuvieron entrada en la misma el 17 de febrero, repartiéndose a esta sección en la que tuvieron entrada el 18 del mismo mes.

CUARTO.- Mediante diligencia de ordenación de la Secretaria Judicial de fecha 22 de febrero de 2011, se acordó la devolución de los autos al Juzgado de procedencia a fin da subsanar traslado de recursos interpuestos, devolviéndose nuevamente a esta sección, en la que tuvieron entrada, el 11 de mayo de 2011.

QUINTO.- Por diligencia de ordenación de la Secretaria Judicial de fecha 12 de mayo se designa ponente conforme a la atribución numérica de asuntos vigente en esta Sala, y se fija el 13 de mayo fecha para deliberación y votación, retrasándose ésta por carga de trabajo preferente, efectuándose la misma el 15 de julio de 2011; tras lo cuál quedaron los autos pendientes de sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan íntegramente los hechos probados de la sentencia recurrida.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna el Ministerio Fiscal la sentencia de instancia en lo relativo a la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 del CP , que entiende improcedente; y en segundo lugar en cuanto a que no se acogiera en la sentencia de instancia la posibilidad discrecional de la demolición prevista en el art. 319.3o del CP .

Por su parte, la defensa del único acusado condenado, D. Victorio , recurre la sentencia de instancia interesando con carácter principal la nulidad del juicio, subsidiariamente la nulidad de la sentencia, más subsidiariamente la libre absolución, más subsidiariamente la rebaja en uno o dos grados de la pena, y finalmente, conjuntamente a este último pedimento, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, lo cuál articula en 3 grandes motivos de impugnación que estructura siguiendo su mismo orden sistemático de la siguiente forma:

1o) Quebrantamiento de las garantías procesales respecto a la infracción de normas procesales, y que subdivide en dos partes: primera, nulidad del acto del juicio oral por quebrantamiento de las garantías procesales, al no haberse grabado la sesión del juicio oral con fundamento en el artículo 790.1 de la Lecrim y la nueva redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de Noviembre de 2009 ; y segunda, vicio de incongruencia omisiva por no pronunciarse la sentencia sobre el error de prohibición alegado, interesando por ello la nulidad de la dictada en primera instancia y que se dicte otra nueva por la misma magistrada.

2o) Error en la determinación del tipo penal y en la valoración de la prueba, que a su vez subdivide en cinco partes:

Primera: Imposibilidad de que el delito del artículo 319.1 del código penal pueda ser cometido por un particular, ya que entiende que es un delito especial, aludiendo asimismo a un supuesto error de prohibición;

Segunda: Indebida aplicación del artículo 338 del Código Penal pues infringe el principio de la proscripción de la doble punición ("nem bis in idem").

Tercera: La atenuante analógica de dilaciones indebidas apreciada por el juzgador debió serlo con la cualidad de muy cualificada, y operar por ello una rebaja de la pena en 1 o 2 grados.

Cuarta: Alega que lo realizado por el penado no puede alcanzar la consideración de construcción no autorizada, al no chocar frontalmente con la normativa de aplicación. Error en la valoración de la prueba.

Quinta: Infracción del artículo 319.1 por la inexistencia del elemento del tipo "obra de nueva construcción", sintetizándolo en que a su criterio no se ha realizado ninguna construcción de obra nueva que implicase una modificación sustancial de la configuración de la zona. Error en la valoración de la prueba.



3o) Vulneración de preceptos constitucionales respecto al principio de intervención mínima, insistiéndose nuevamente en el ya invocado vicio de incongruencia omisiva relativo a la no referencia en la sentencia del error de prohibición alegado.

SEGUNDO.- Principiará esta Sala el análisis de los motivos aducidos por la defensa del acusado-condenado relacionados con el quebrantamiento de garantías procesales, pues su eventual estimación haría innecesario el estudio de los restantes motivos, sean los del propio acusado, sean los del Ministerio Fiscal.

En tal sentido, interesa en primer lugar la defensa del acusado la nulidad del juicio por entender que se ha vulnerado una garantía procesal prevista ahora en el art. 790.1 de la LECRIM, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

La adecuada resolución de esta cuestión impone referencias al nuevo panorama procesal que surge tras esta reforma y en lo relativo a la grabación de la vista de los juicios. Con la nueva regulación, la grabación de las vistas resulta esencial, pues así lo establece el art. 743.1 de la LECrim, aplicable al procedimiento abreviado en base a la remisión que se hace en el art. 788.6. La redacción del acta, que en todo caso deberá hacerse por medios informáticos, solo se hará si no es posible garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado, o cuando el Secretario Judicial asista a las vistas -apartado 2o-, en cuyo caso -apartado 3o- deberá éste extender acta sucinta en la que hará constar número y clase de procedimiento; lugar y fecha de celebración; tiempo de duración, asistentes al acto; peticiones y propuestas de las partes; en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas; resoluciones que adopte el Juez o Tribunal; así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

La redacción manuscrita pasa a ser excepcional, pues queda limitada a los supuestos de carencia de medios informáticos - apartado 5-, o de que por cualquier causa no se puedan utilizar los que haya -apartado 4-, si bien para ambos supuestos se prevén unas cautelas en la redacción, de tal forma que al concluir cada sesión se habrá de leer el acta por el Secretario Judicial, efectuándose las reclamaciones que las partes reclamen si las estima aquél procedentes -apartado 5.

No obstante, y como lo recuerda el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, la citada reforma aún no estaba en vigor en la fecha del juicio, pues efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre), estaba sujeta a una vacatio legis de 6 meses -disposición final 3a-, luego entró en vigor el 4 de mayo de 2010, después de la celebración del juicio -27 de enero de 2010-.

Con anterioridad a dicha reforma, la grabación del juicio por medios técnicos era una posibilidad legal que así anticipaba el art. 230 de la LOPJ, y como proyección de ello el art. 788.6 de la LECRIM, siendo meramente potestativa su utilización en términos tales que sustituyeran o complementasen el acta manuscrita; y en cuanto a como debía ser ésta, se debía hacer constar el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas.

La Ley vigente al tiempo de la celebración del juicio permitía -potestativamente pues- que el acta fuera sustituida o complementada por la grabación, y si en el caso concreto sí que se extendió acta -de 15 folios- en la que se recogía el contenido de las pruebas que se iban practicando, con la mayor o menor extensión que posibilitase la rapidez del/la Secretario/a judicial, es obvio que la grabación era meramente complementaria.

A partir de lo expuesto, cierto que subjetivamente cabe plantear que el acta manuscrita no contiene la literalidad de todo lo que se dijo, algo por otra parte ciertamente insólito y casi imposible de exigir, pero sí que resulta extensa en el caso concreto, sin olvidar el principio general reconocido jurisprudencialmente de que lo importante es lo escuchado por el Tribunal, pues es quién juzga, sin que las omisiones y/o defectos del acta extendida informáticamente o manuscrita puedan vincular al juzgador con el riesgo de pérdida de la esencia de la función jurisdiccional - SsTS 365/2004, de 22 de marzo; 610/2006, de 29 de mayo; 667/2009, de 19 de junio.

La cuestión surge -tanto con la anterior redacción como con la actual- cuando produciéndose la grabación del juicio, por problemas ajenos a la propia Sala no se realiza la misma. En la anterior regulación, que debemos recordar como vigente en la fecha del juicio, si se ha extendido acta manuscrita o por medios informáticos, habrá que estar a la misma. La citada STS 667/2009, de 19 de junio nos recuerda al efecto que "El acta del juicio incorpora todos los hitos, incidentes, peticiones, protestas, pretensiones, etc. que se hayan podido producir en el juicio, pero en orden al contenido de las pruebas sólo constituye una simple referencia, en cuanto recoge de modo conciso aspectos de su desarrollo con mayor o menor fidelidad o acierto."

Cierto que la STC 92/2006, de 27 de marzo nos recuerda que "...el acta del juicio oral es un documento fehaciente que resulta imprescindible para llevar a cabo el control externo que nos compete al efecto de concluir si hubo o no en el proceso prueba de cargo suficiente y practicada con las debidas garantías de oralidad, contradicción e inmediación", llegando a anular condena por delito de robo con uso de armas porque este último elemento objetivo del delito, pese a declararse probado en la sentencia penal y razonarse



su concurrencia aunque no constara en el acta del juicio oral la afirmación del testigo sobre ello, suponía una infracción del principio de presunción de inocencia. Sin embargo, dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional se basó en realidad en una presunción efectuada por el Tribunal Penal, puesto que éste no señaló que oyera al testigo decir que el acusado portara el arma, sino que constatado que el acta no recogía tal expresión, supuso que sí que lo habría dicho porque en acta de reconocimiento efectuado en fase de instrucción identificó al acusado "por la persona que portaba el cuchillo", declaración que sin embargo el Tribunal Constitucional entendió que por haberse practicado en fase de instrucción sin incorporación al plenario a fin de garantizar la debida contradicción, no podía ser valorada como prueba de cargo. Por ello se entendía que suponer dicha declaración en el plenario sin que constase en el acta y sin que la Sala señalara que lo había escuchado en el juicio de boca del testigo, constituyó una presunción que vulneraba -valga la redundancia- la presunción de inocencia.

De ahí que el alcance de dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional no quepa proyectarlo más allá del caso concreto en que se planteó, pues haría depender la convicción de quién constitucionalmente tiene atribuida la función de juzgar, de la mayor o menor prestancia y/o agilidad que ostente quién en cada caso asuma las funciones de transcribir el contenido de las declaraciones, de tal forma que si el Tribunal argumenta una determinada conclusión en lo visto y oído directamente en el plenario, las posibles insuficiencias u omisiones del acta no podrán adquirir mayor relevancia que lo escuchado por quién siendo esencialmente imparcial y objetivo, está llamado constitucionalmente a valorar el material probatorio. Cosa distinta sería que el acta recogiese la prueba en un determinado sentido contrario al apreciado por el Tribunal, en cuyo supuesto la cuestión carecerá de relevancia constitucional al recaer en el común motivo de impugnación relacionado con un supuesto error en la valoración de la prueba.

Al efecto señala la STS 38/2007, de 31 de enero (y en parecidos términos la STS 610/2006, de 27 de mayo) "que lo visto y oído por el Tribunal de instancia está fuera del recurso y no puede ser contradicho en casación con apoyo en el acta del juicio. Esta sólo reproduce lo que el Secretario Judicial ha podido transcribir, sirviendo de documento público en el que constan las pruebas practicadas y los resultados de las mismas que el depositario de la fe pública estima pertinente hacer constar. Pero, estas constancias no reemplazan la percepción de la prueba de los jueces, que es la única que puede determinar los hechos probados. El contenido de lo declarado por los testigos, peritos y acusados, así como la credibilidad de sus manifestaciones por estas razones son completamente ajenas, como cuestiones de hecho, al recurso de casación» (SSTS 26.2.1001 [RJ 2001, 2319], 22.5.2003 [RJ 2003, 5493]).

Criterio éste firmemente asentado en la jurisprudencia, así por ejemplo S. 1075/2004 (RJ 2004, 6522), con cita de las SS. 15.3.91 (RJ 1991, 2143), 12.1192 (RJ 1992, 9666), 1.4.96 (RJ 1996, 2865), señala que este documento transcribe con las deficiencias inherentes al procedimiento empleado, lo sucedido en las sesiones celebradas en audiencia pública y contradictoria, y sirve para dar fe, si bien fragmentariamente, del contenido de las declaraciones del procesado, testigos y peritos comparecientes, así como de cualquier incidencia que surja durante las sesiones, pero no por ello las pruebas pierden su verdadera y primitiva naturaleza procesal, no transformándose en prueba documental que sirva para acreditar el error del juzgador, y la STS 1866/2000 de 5.12 (RJ 2000, 10166), que precisa que «incurrir la parte recurrente en el común error de olvidar que es al Tribunal sentenciador, y no a las partes, ni al Tribunal de alzada, ni tampoco al Secretario Judicial a quien compete valorar con inmediatez la prueba testifical que se desarrolla en su presencia, constituyendo el acta únicamente un sucinto resumen que da cuenta de lo más relevante ocurrido durante el juicio oral pero que ni es, ni pretende ser legalmente (art. 743 LECrim [LEG 1882, 16]), un reflejo completo de las declaraciones testificales, las cuales se emiten y valoran en directo conforme al principio de inmediatez que rige, hasta la fecha, en nuestro ordenamiento procesal penal (ver SS. 446/98 de 28.3 [RJ 1998 , 2030] y 219/96 de 1.4 [RJ 1996, 2865] entre otras)."

Por tanto, la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo es constante y reiterada en el sentido de atribuir al acta del juicio un valor relativo a la hora de contrariar el acervo probatorio del Tribunal que juzga, como muestran las sentencias ya citadas, a la que cabe añadir la STS 900/2009, de 23 de septiembre , que justamente examinaba el supuesto de un juicio en el que se hacía constar su grabación sin que finalmente se pudiese haber verificado, pero en el que se extendiera acta por el Secretario Judicial que fue amplia en cuanto al contenido de la prueba, pero en todo caso haciendo residenciar la cuestión central en la invocación de una indefensión real y no meramente formal.

Indudablemente que la cuestión planteada podría tener otro tipo de respuesta si no existiere acta manuscrita o extendida por procedimientos informáticos, y la grabación no se hubiere llevado a cabo por cualquier causa, dado que en tal hipótesis resultaría difícil sostener una regularidad de las garantías esenciales del proceso penal, cuando la parte que se vea perjudicada por el pronunciamiento judicial carece de argumentos para



contrariar el acervo probatorio del Juzgador si este se sustenta en su pura apreciación personal y directa sin ningún tipo de refrendo documental.

Se trataría de una cuestión que aparte de no estar resuelta, parece propiciada por una nueva regulación legal que pretende hacer girar toda la documentación de las vistas en torno a procedimientos técnicos que pudieren fallar con las gravosas consecuencias que ello arrastraría, y no solo por la posibilidad de nulidades con retroacción de actuaciones que indudablemente causarían perjuicios a los ciudadanos, sino en cuanto la posibilidad de repetir un juicio en el que se han observado las esenciales garantías de inmediación, oralidad y contradicción de la prueba, pero respecto del cuál no exista constancia documentada del contenido de la prueba por algún fallo del medio técnico de grabación, atentaría al derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, como así lo señaló la STC 4/2004, de 4 de enero, que a cuenta de una demanda de amparo frente a sentencia de Audiencia Provincial que en sede de apelación había declarado la nulidad de un juicio que acabara con sentencia absolutoria por haberse destruido tras su celebración el acta del mismo, estimó el amparo por entender que dicha sentencia vulneró los derechos del recurrente -en aquél caso el acusado absuelto en primera instancia- a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías, entre las que adquiere singular relevancia la garantía relativa a no ser sometido a proceso penal en más de una ocasión por los mismos hechos (SSTC 159/1987, de 26 de octubre ; 2/2003, de 16 de enero ; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre).

TERCERO.- Con todo y en suma, la cuestión que ahora plantea el recurrente interesando por ello la nulidad del juicio oral, debe resolverse tomando en consideración de un lado el marco procesal vigente a la fecha del juicio, y de otro la efectiva constatación de un acta elaborada infomáticamente con una actuación reforzadamente diligente por el/la Secretario/a Judicial que, pese a entender que se grababa el juicio, recogió en aquella una amplísima exposición del contenido de la prueba practicada.

Desde esta perspectiva, la inexistencia de una obligación legal de proceder a la grabación, correlacionada con una extensa acta extendida informáticamente, que lejos de nominar las sucesivas fases del plenario recoge el contenido de cada prueba practicada, implica que no quepa sostener quebrantamiento de garantías procesales, máxime cuando la parte apelante, al articular su primer motivo de impugnación, alude a una genérica indefensión basada en la duración del juicio, sin precisar qué concretas expresiones o aspectos esenciales de la prueba practicada no han sido, ni recogidas en el acta, ni valoradas en la sentencia, en términos tales que le hayan causado una efectiva indefensión.

Y es que para finalizar, quiénes suscriben la presente han intervenido en gran multitud de juicios orales, acudiendo al acta tan solo cuando era preciso completar alguna afirmación o cuestión concreta que hubiere salido en el plenario y respecto de los que tuviéremos alguna duda, pues durante su desarrollo, y en el ejercicio de la función de juzgar que -debe insistirse en ello- está atribuido constitucional y legalmente a los Jueces, vamos tomando constantes notas sobre los aspectos esenciales y relevantes del acervo probatorio que van conformando la convicción propia de quién juzga, y que luego se proyectan en la fundamentación de los aspectos fácticos y jurídicos de la sentencia, de tal forma que si la función jurisdiccional se sustenta en esenciales y necesarios principios de imparcialidad y objetividad, debe afirmarse sin rubor de clase alguna que los Tribunales deberán resolver sobre la base de lo visto y oído por ellos, siendo absurdo -e indudablemente contrario al más elemental sentido común relacionado con la esencia de juzgar- que deban modificar o alterar una convicción sustentada en la apreciación directa de la prueba en el plenario, porque el acta del juicio -con mayor o menor prestancia- no haya recogido un aspecto considerado esencial por el Tribunal, aspecto que adquiere incluso mayor relevancia cuando quién juzga es un Tribunal colegiado que conforma la base de su decisión en la apreciación de tres Magistrados.

El sentido de tal reflexión radica en que si quién interviene en el juicio oral asumiendo el papel de Juzgador va tomando notas sobre los aspectos esenciales y relevantes de la prueba, parece lógico entender que el Fiscal y los Letrados de las partes vayan paralelamente y del mismo modo tomando nota de cuanto aconteciere y fuere relevante para su interés, de tal forma que cualquier posible omisión del acta los pudiese llevar a poner de manifiesto en el recurso tal o cuál circunstancia pretendidamente relevante, apreciándose en el caso concreto que la defensa del recurrente no expone en su motivo de impugnación ninguna específica circunstancia probatoria, supuestamente acontecida durante el desarrollo del plenario, que hubiere sido obviada por el Secretario Judicial primero, y por la Juzgadora después, más allá de su genérica alegación de que un juicio tan largo no puede proyectarse en un acta de 15 folios, y que por ello se han obviado aspectos relevantes de la prueba.

En todo caso, conviene esta Sala en preguntarse hasta donde debe abrirse la viabilidad de una impugnación como la articulada por la defensa, con un acta escrita que resulta ciertamente amplia, con coherencia interna en cuanto al contenido de cada prueba, y con una sentencia que resulta ciertamente exhaustiva en el análisis de todo el material probatorio, con múltiples referencias a pasajes concretos de la prueba que se practicara.



Desde esta perspectiva siempre podrían aducir -y no solo la defensa de los acusados, sino incluso las partes acusadoras-, que ni el acta ni el Juzgador han recogido un supuesto aspecto de la prueba supuestamente acontecido que beneficia a quién lo alega, y pretender por ello superponer y finalmente suplantar la convicción de quién constitucionalmente tiene un deber de imparcialidad que queda fuera de toda duda más allá del error común a todas las personas. Sin embargo, posibilitar dicho debate resulta francamente pernicioso para la seguridad jurídica y los postulados esenciales de todo Estado de Derecho, pues por encima de los obvios intereses particulares de las partes acusadas y acusadoras -aún legítimos-, la decisión debe quedar residenciada en el órgano imparcial que juzga.

No se trata de elevar a una consideración cuasimística lo escuchado y oído por el Tribunal, sino analizar con racionalidad la exégesis del discurso valorativo del Juzgador de instancia, conforme a los términos del debate que se planteara en el juicio oral acogido con mayor o menor extensión en el acta, para poder concluir que partiendo de una imparcialidad y objetividad que ni se cuestiona, aquél no ha incurrido en ninguna omisión relevante de aspectos de la prueba realmente practicada, siendo así que en el caso concreto, la sentencia de instancia cumple sobradamente con ese deber de motivación y congruencia con todos los aspectos que se recogieran en el acta.

Se desestima por todo ello el primer motivo de nulidad.

CUARTO.- A continuación interesa la parte de forma subsidiaria la nulidad de la sentencia por omisión de pronunciamiento, al considerar que aquella guarda silencio sobre una pretensión jurídica deducida en tiempo y forma, si bien, conectado con la alegación anterior, no se hizo constar en el acta escrita del juicio pese a que se pudiere haber constatado que sí se invocó con la grabación que finalmente no se verificó.

Sin perjuicio de traer a colación lo ya analizado en los precedentes fundamentos de derecho, debe recordarse que el vicio impugnativo de omisión de pronunciamiento gira en torno a los siguientes postulados jurisprudenciales:

1a.- Han de tratarse de cuestiones jurídicas alegadas en conclusiones provisionales o definitivas - STS 1.033/2006, de 27 de octubre -, siendo por tanto las definitivas la última posibilidad de alegación - SsTS 1591/2005, de 22 de diciembre ; 1008/1999, de 21 de junio .

2a.- Deben ser pretensiones jurídicas, no alegaciones fácticas, STS 214/2009, de 5 de marzo ; STS 800/2009, de 21 de julio ; y

3a.- cabe la posibilidad de subsanarlas en segunda instancia, SsTS 2.011/1994, de 18 de noviembre ; 1272/1998, de 7 de enero de 1999 ; STS 667/2009, de 19 de junio

Dicho esto, como punto de partida no consta que la parte ahora apelante invocara oportunamente el alegado error de prohibición, pues en el acta solo consta que elevara a definitivas sus conclusiones provisionales - folios 656 y 657-, resultando difícilmente comprensible que el Secretario Judicial omitiere tal circunstancia en la redacción del acta, cuando sí que consta expresamente como acogiese determinadas modificaciones que efectuara el Fiscal, en el trámite justamente precedente al que de igual forma se otorga a las defensas de las partes acusadas, sin obviar en todo caso que si bien no parece lógica una revisión del acta antes de firmar en relación a todo el contenido de la prueba practicada, tal circunstancia no resulta predicable respecto de las nuevas alegaciones jurídicas que supuestamente se efectuaran en conclusiones definitivas, aspecto sobre el cuál sí que resulta exigible una mayor atención y prestancia.

Pero es que al margen de lo anterior, dos aspectos más ahondan en lo que no puede ser otra cosa que la desestimación del segundo motivo de impugnación:

1o.- Que la parte invoca indebidamente un supuesto error de prohibición, cuando examinando el sustento fáctico de tal pretensión se refiere en realidad a un error de tipo. Y es que la parte no alega que su defendido ignore que construir -o reparar, según tesis defensiva que aborda en posteriores motivos que se analizarán más adelante- en zona de especial protección careciendo de autorización fuere delito, sino que en realidad afirma que ignoraba la concurrencia de determinados elementos objetivos del tipo penal relacionados con la especial categorización del suelo como de especial protección, así como que las obras no fueren autorizables, circunstancias todas ellas que se enlazan con el error de tipo que contempla el apartado 1o del art. 14 ; y

2o.- Que aun cuando partiéramos de la ausencia de alegación de tal pretensión en tiempo y forma, la juzgadora de instancia, dando forma jurídica a lo que no dejan de ser alegaciones fácticas efectuadas por el acusado en el acto del juicio, se hace eco de ellas descartando en su amplio fundamento de derecho primero -particularmente folios 799 y 800- la posible concurrencia de un error de tipo o de prohibición, de tal forma que cualquier discusión sobre su efectiva concurrencia deberá analizarse ya luego en el marco de sus restantes motivos de impugnación, gran parte de los cuáles sustenta justamente en un pretendido desconocimiento sobre la



concreta categorización del suelo, el alcance de las obras que acometía -si de construcción o reforma-, y sobre su carácter o no autorizable.

Se desestima pues el segundo motivo de impugnación, agotándose con ello los denunciados quebrantamientos de forma que debían haber determinado -según parecer del apelante- nulidad con retroacción de actuaciones.

QUINTO.- Dicho lo anterior, aun cuando siendo forzoso resolver previamente los motivos ya examinados del recurso del acusado- condenado, por la proyección que pudieren haber tenido en la carencia de objeto del resto, y que el recurso del Ministerio Fiscal resulta cronológicamente anterior, analizará primero la Sala los demás motivos del recurso del acusado-condenado, pues éste combate tanto los hechos que se declaran como probados como el juicio de tipicidad, en tanto que el recurso del Ministerio Público, considerando correctos tales aspectos, impugna la sentencia en lo relativo a la pena impuesta por la -a su entender- indebida apreciación de una atenuante, y por la no imposición de la demolición.

En tal sentido, bajo el ordinal 2o alude la defensa del acusado -primero- a un supuesto error en la determinación del tipo penal y en la valoración de la prueba, sustentado al tiempo en la pretendida imposibilidad de que el delito del artículo 319.1 del código penal pueda ser cometido por un particular, ya que entiende que es un delito especial, concurriendo un supuesto error de prohibición; -segundo- la indebida aplicación del artículo 338 del Código Penal pues infringe el principio de la proscripción de la doble punición ("nem bis in idem"); -tercero- la atenuante analógica de dilaciones indebidas apreciada por el juzgador debió serlo con la cualidad de muy cualificada y operar una rebaja de la pena en 1 o 2 grados; -cuarto- que lo realizado por el penado no puede alcanzar la consideración de construcción no autorizada, al no chocar frontalmente con la normativa de aplicación; y -quinto- finalmente infracción del artículo 319.1 por la inexistencia del elemento del tipo "obra de nueva construcción", sintetizándolo en que a su criterio no se ha realizado ninguna construcción de obra nueva que implicase una modificación sustancial de la configuración de la zona.

Cinco son pues las cuestiones que se plantean por esta vía de impugnación, todas ellas heterogéneas sin un nexo jurídico común más allá de atacar la misma resolución, y que abordaremos por ello con la debida separación, en el bien entendido caso que lo primero no cabe articularlo como errónea valoración de la prueba desde el mismo instante que lo que discute el recurrente es la aplicación de un concepto jurídico del tipo penal a su situación de promotor formal de las obras que se desarrollaban, entendiendo que debe quedar limitada esta figura -en su pretendida consideración de delito especial propio- al promotor profesional.

Así alude el apelante a distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales que no son desconocidas para esta Sala, decantándose obviamente por la tesis que excluye de este delito a los promotores ocasionales o respecto de obras propias, cuando no se ostente la cualidad profesional de promotor inmobiliario.

Siendo respetables tales posturas, debe recordarse no obstante que no han sido acogidas por el Tribunal Supremo. En tal sentido, la STS 1.250/2001, de 26 de junio ya adelantaba como la "Ley de Ordenación de la Edificación de 5-11-1999 (RCL 1999, 2799) dedica su Capítulo III, bajo el título de «Agentes de la edificación», a fijar el contenido y habilitación de dichos profesionales, definiéndoles globalmente en el artículo octavo como todas las personas, físicas o jurídicas, que intervienen en el proceso de la edificación, distinguiendo a continuación el promotor, proyectista, constructor, director de la ejecución de la obra y propietarios. Pues bien, mientras que tanto el proyectista como los directores precisan estar en posesión de la correspondiente titulación académica y profesional habilitante, será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna, mientras que el constructor, que asume contractualmente ante el promotor, el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos, las obras o parte de las mismas con sujeción al proyecto y al contrato, deberá tener la titulación o capacitación profesional que habilita para el cumplimiento de las condiciones exigibles para actuar como constructor."

Desde esta perspectiva, concluía la Sala Segunda en que sólo los técnicos deben poseer la titulación que profesionalmente les habilite para el ejercicio de su función, mientras que el promotor, sea o no propietario, no precisa condición profesional alguna, y los constructores la mera capacitación profesional. Y esta situación posterior a la entrada en vigor de la Ley referida no es distinta a estos efectos a la existente con anterioridad a la misma, lo que significa que la cualidad profesional no puede predicarse de promotores y constructores, con independencia en relación con estos últimos de su responsabilidad fiscal o administrativa por falta de capacitación. El argumento relativo a la previsión de la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio contenida en el precepto, no puede excluir a las personas que promuevan o construyan sin licencia o excediéndose de la concedida, y que no sean profesionales, de la autoría del delito, pues no deja de tener sentido dicha inhabilitación aun en dicho caso, puesto que tales actividades están sujetas al régimen de



licencia y autorización y ello ya comporta una relación con la Administración de que se trate, inhabilitación que conforme a lo dispuesto en el artículo 45 CP deberá concretarse expresa y motivadamente en la sentencia.

En parecidos términos tenemos la STS 690/2003, de 14 de mayo, y aún más recientemente, la STS 1.127/2009, de 27 de noviembre, abordando exactamente las mismas razones que expone el apelante en este caso -"que la redacción del artículo se refiere a constructores o promotores y no indiscriminadamente al que construya o al que promueva y que constitucionalmente está prohibida la analogía in malam partem y la interpretación extensiva perjudicial para el reo; que el Consejo General del Poder Judicial y la tramitación parlamentaria, como precedentes legislativos, revelan que la voluntad del legislador era restringir a los profesionales la esfera de los sujetos activos; que esa restricción es consecuencia del principio de intervención mínima, y sólo al profesional le es especialmente reprochable la conducta más grave de no fijar la atención en la legislación urbanística en el caso concreto o de actuar con indiferencia a ella, únicamente el profesional es considerado sujeto idóneo para cumplir el deber especial- concluye en la aplicación de esta figura al promotor ocasional significando "que la legislación se limita a tomar la figura del "promotor " de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1) "será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación".

Para completar este razonamiento con la concreta referencia del apelante al aludido principio de intervención mínima, la STS 363/2006, de 28 de marzo nos recuerda que "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 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 presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación de los arts. 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal."

Por todo lo expuesto, se desestima el primer aspecto del tercer motivo de impugnación de la sentencia de instancia.

SEXTO.- Respecto al supuesto error de prohibición, como punto de partida conviene recordar - STS 1.067/2006, de 17 de octubre - que "la construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información, como el que vivimos, ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy día el desconocimiento absoluto de la antijuricidad de un hecho de esta naturaleza -contra la ordenación del territorio- es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo"



Sin embargo, como ya adelantáramos en razonamientos precedentes, lo que la parte apelante nomina como error de prohibición en realidad se asienta, según su alegato fáctico, en un pretendido error de tipo, pues no sostiene la ignorancia sobre el carácter delictual de los hechos, sino su convencimiento de que aún realizándose las obras en suelo rústico, las mismas eran autorizables.

Y es que - STS 767/2009, de 16 de julio - <<es entendimiento común en la jurisprudencia de esta Sala que en el art. 14 se describe en los dos primeros números el error de tipo, que supone un conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo. Esta clase de error tiene distinta relevancia, según recaiga sobre los elementos esenciales del tipo, esto es, sobre un hecho constitutivo de la infracción penal -núm. 1- o sobre alguna de las circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven. - núm. 2-. En el primero de los casos, sus efectos se subordinan al carácter vencible o invencible del error. En el segundo, la simple concurrencia del error sobre alguna de aquellas circunstancias cualificativas, impide su apreciación. En el número 3o se otorga tratamiento jurídico al error de prohibición, que es la falta de conocimiento de la antijuricidad de la conducta, en el que suele distinguirse entre un error sobre la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o un error sobre la causa de justificación - error de prohibición indirecto-. Así en términos de la STS 755/2003, de 28 de mayo , "la doctrina y la Ley distinguen entre los errores directos de prohibición, es decir, los que recaen sobre la existencia de la norma prohibitiva o imperativa, y los errores indirectos de prohibición que se refieren a la existencia en la Ley de la autorización para la ejecución de una acción típica (causa de justificación) o a los presupuestos de hecho o normativos de una causa de justificación".

El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea (art. 14 CP .) excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme.

En cualquier caso -recuerda la STS 687/1996, 11 de octubre -, el error o la creencia equivocada no sólo ha de probarse por quien la alega, aunque esto en algún aspecto sea discutible, sino que además, y esto es lo importante, no es permisible su invocación en aquellas infracciones que sean de ilicitud notoriamente evidente, de tal modo que de manera natural o elemental se conozca y sepa la intrínseca ilicitud.>>.

La juez de instancia aborda el estudio de tal alegación, conjuntamente con otras cuestiones, en el largo fundamento de derecho primero, y especialmente casi al final -folios 795 a 802 de las actuaciones-, siguiendo una línea de razonamiento que al entender de esta Sala resulta ciertamente impecable.

Y es que no podemos obviar en el caso concreto no solo la cualidad empresarial que ostenta el acusado, así alegado en su escrito de recurso, no solo con genéricas posibilidades de contar con un asesoramiento adecuado para afrontar las obras, sino que en el caso concreto no parece razonable que no contara con ese conocimiento cuando las que realiza ciertamente son cuantiosas afectando a un espacio considerable de su finca, y esencialmente, cuando el discurso valorativo de la Juez de instancia se centra mayormente en la propia conducta del acusado tras la primera inspección de los agentes del Seprona en marzo de 2004, bastando al efecto la descriptiva concatenación de comportamientos que se exponen a partir del último párrafo del folio 795 y primer párrafo del folio 796, y que resultan ciertamente expresivos de cuál fuere el verdadero conocimiento que tuviere el acusado de la ilegal actuación que acometía, realmente definidores de una intención de burlar ya en ese momento unas previsiones normativas que sin ningún tipo de dudas le eran conocidas, siendo de igual forma completamente razonable y congruente con la prueba practicada, la argumentación que al efecto expone la Juez de instancia en los párrafos 2o y 3o del folio 797, y en el párrafo 4o del folio 798.

A mayor abundamiento, cabría plantearse el nivel de conocimiento que resulta exigible al agricultor, ganadero y/o ciudadano medio que se limitan a efectuar una modificación puntual de su finca, construyendo algún tipo de edificación auxiliar de su actividad, y que en atención a su escasísima importancia pudiere hacer pensar que actuaran en el convencimiento de que no lesionan los intereses tutelados por la norma penal. Más desde luego, tal nivel de exigencia no puede medirse bajo los mismos parámetros respecto de quién, por ostentar una cualidad empresarial habitual gestionando una empresa de cierta importancia, actúa de ordinario en contacto con fuentes directas de conocimiento jurídico, a lo que debe anadirse -en la misma línea- que las obras objeto de esta causa no pueden calificarse notoriamente como de escasa importancia, admitiendo de paso el acusado que ya conocía que se acometían en suelo rústico, lo cuál determinaba a priori la exigencia de una actuación de exquisita adecuación a la normativa sectorial de aplicación que brilla por su ausencia.

Y si alguna duda quedaba, justamente su comportamiento posterior tras la primera inspección del Seprona pone de manifiesto cuál fuere el verdadero alcance del conocimiento que tuviere el acusado, debiendo recordarse que el dolo no solo se aprecia con el cumplido conocimiento de la prohibición de la actuación



llevada a cabo, pues pudiendo graduarse su clase a diferencia de los sujetos activos especiales del art. 320 para los que se impone un dolo reforzado, basta con la alta probabilidad de que supiera que actuaba ilegalmente.

Por tanto, visto sus antecedentes y su comportamiento coetáneo, no cabía llegar a otra conclusión que la alcanzada por la juzgadora de instancia, en el sentido de que el acusado, cuanto menos, dispuso de posibilidades de obtener perfecto conocimiento de la normativa que reglamentaba las posibilidades de alteración del territorio de su finca, de tal forma que si inicialmente nada hizo al respecto, sabiendo que la zona era suelo rústico, solo cabe calificar su conducta de dolosa, pues actuó con un grado de certeza tal que excluye el convencimiento del actuar legal. Utilizando un símil, no solo cabe calificar de intencional la actitud de quién con conocimiento de ello conduce en dirección contraria en una carretera de doble sentido, sino también de quién en parecidas circunstancias se pone una venda en los ojos y comienza a circular aún inicialmente en el sentido correcto de la circulación.

Se desestima pues también el alegato del error de prohibición -en realidad, error de tipo.

SÉPTIMO.- Ordinal 2o, parte segunda del recurso de apelación: Respecto de la indebida aplicación del artículo 338 del Código Penal pues se habría infringido el principio de la proscripción de la doble punición ("nem bis in idem"), la sentencia de instancia aborda el estudio de la cuestión, dentro del fundamento de derecho primero, a partir del párrafo segundo del folio 794.

Como punto de partida conviene recordar la compatibilidad de ambas figuras delictuales, pues partiendo del régimen general de protección penal del art. 319 del CP, el subtipo agravado del art. 338 se sustenta en un plus de reprochabilidad en atención a la especial configuración del suelo afectado. El Tribunal Supremo ya admitió expresamente dicha compatibilidad - STS 1.250/2001, de 26 de junio ; citada correctamente por la Juzgadora de instancia-, señalando al efecto que "El artículo 338 citado se inserta en las Disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título XVI, es decir, los relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo cualificado contra la ordenación del territorio que se ha aplicado en este caso, 319.1, no incluye «per se» dicha calificación agravatoria, como sí sucede en el tipo descrito en el artículo 338 CP, y recuerda la Audiencia, sino que se limita a castigar a los que lleven a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección, luego la agravación implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como protegido, y siendo ello así debió operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica específica. Tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que el artículo 319.1 CP parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando, además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido."

Desde esta perspectiva debe reconocerse que la cuestión sometida al examen de esta Sala presenta un componente eminentemente fáctico, y no solo en atención a la categoría del suelo afectado, sino incluso respecto de determinadas circunstancias puestas de manifiesto por la Juez a quo que ponen de relieve la especial lesión del bien jurídico tutelado por el subtipo agravado del art. 338.

Respecto del suelo afectado por la actuación que se imputa al recurrente, ninguna duda se suscita de que se trata de un espacio Natural Protegido sujeto a la Ley de Ordenación del Territorio de Canarias y Espacios Naturales de Canarias, denominado "Paisaje Protegido de Pino Santo - C-23", tal y como así consta en el informe técnico emitido por la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural del Gobierno de Canarias -folios 126, 222 a 227-, tomado en consideración por la sentencia de instancia, estando calificado en el Plan General Municipal de Ordenación de Las Palmas de Gran Canaria como suelo rústico de protección medioambiental.

Por tanto, las especiales características que rodean la zona afectada, y que lo han configurado como un espacio natural protegido que implica por tanto un reforzamiento de la protección legal precisa para su conservación, se plasman en una mayor tutela penal que solo al legislador incumbe, sancionando por tanto más duramente la conducta típica cuando quedan afectados suelos a los que la propia Administración pretende otorgar una mayor protección. De mantener la tesis del recurrente, el subtipo agravado quedaría vacío de contenido mediante una interpretación contra legem que resultaría contraria al principio de legalidad, no compartiendo en tal sentido esta Sala la tesis sostenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz citada por la Juez a quo. Pero es que incluso de mantenerse dicha tesis, que va más allá de la interpretación que del precepto da el Tribunal Supremo, la Juez de instancia expone primero en su declaración de hechos probados, y luego al fundamentar tal planteamiento -al final del segundo párrafo del folio 795-, que la actuación del acusado supuso una auténtica alteración de valores naturales esenciales anudados a la especial



protección dispensada por la normativa autonómica protectora de los Espacios naturales, no tratándose de una mera afirmación sino la proyección de una razonada convicción fuertemente asentada en prueba de cargo sólidamente incorporada al plenario, en especial el informe del Servicio de Medioambiente emitido en fecha 28 de diciembre de 2006.

Ni siquiera cabe sostener como argumento colateral, un eventual desconocimiento de la altísima protección dispensada al suelo afectado, en términos tales que puedan proyectar el invocado error de prohibición -en realidad error de tipo como se ha dicho-, no ya respecto del tipo básico sino respecto del subtipo agravado. Más siendo trasladable también a éste las consideraciones ya apuntadas respecto de aquél, no podemos obviar, como tampoco lo hace razonadamente la juez de instancia, que al acusado se le hizo saber por agentes de Medio ambiente el 23 de abril de 2004 -folios 78, 79 y 86- que estaba llevando a cabo obras sin ningún tipo de autorización en un espacio natural protegido, requiriéndole para que las parara -folio 87, siendo así que el ahora recurrente hizo por completo caso omiso a un requerimiento que sin ningún tipo de dudas le dejaba claro cuál era el real alcance de su ilegal actuación, tal y como se constata en la nueva denuncia efectuada por agentes de Medio Ambiente en inspección realizada en fecha 8 de junio de 2004 -folio 115-, con amplia aportación fotográfica -folios 166 y ss-, y que gráficamente pone de manifiesto no solo el pleno conocimiento por parte del acusado de su proceder ilegal, sino de su absoluto desprecio hacia la legítima actuación administrativa, máxime en cuanto más de una semana antes -el 25 de mayo de 2004- le fuere notificada la Resolución 1543 de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y Natural por la que se precintaban las obras.

Incluso aún después de esta segunda denuncia, los días 10 y 15 de junio, agentes del Seprona constatan la continuación de las obras -folios 6 y ss-, incluso cuando se llega al precintado el 29 de junio se patentiza la continuación en la ejecución de las obras -fotografías obrantes a folios 197 a 209- con evidente intención de sustraerse a una ilegalidad de las mismas que le eran del todo punto conocidas.

Para finalizar con este aspecto, resulta ineludible hacer mención a documentación que lejos de ser aportada por la acusación pública, lo es por la propia defensa, refiriéndonos al informe de medidas correctoras en la Finca Camino de Masapez-La Milagrosa elaborado a instancia del acusado por la entidad Gestión y Estudios de Naturaleza, S.L. -folios 323 a 330- en fecha 21 de junio de 2004, y que además de poner de manifiesto el altísimo valor ecológico de la zona afectada, con mención a numerosa flora recogida en la Orden de 20 de febrero de 1991, sobre protección de especies de la flora vascular silvestre de la Comunidad Autónoma de Canarias, hace hincapié en el pérdida de algunos ejemplares precisamente por las obras que se estaban ejecutando.

Por tanto y en suma, no es posible atender el motivo del recurrente de infracción del principio *nem bis in idem* al subsumirse los hechos declarados probados no solo en el tipo básico, sino en el subtipo agravado del art. 338, pues la conducta de aquél supuso el plus de reprochabilidad tomado en consideración por el legislador según la interpretación que de ello ha dado la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Se desestima pues este motivo de impugnación.

OCTAVO.- Alterando el orden propuesto por el apelante, entrará esta Sala a examinar las impugnaciones 4a, 5a y 6a contenidas en el ordinal 2o, con antelación a la 4a relativa a la atenuante de dilaciones indebidas, pues esta última solo podría operar si se mantuviese la condena, aspecto combatido por aquellas. Veámoslas:

Ordinal 2o, parte cuarta del recurso de apelación: alega la defensa del acusado que lo realizado por el penado no puede alcanzar la consideración de construcción no autorizada, al no chocar frontalmente con la normativa de aplicación. Error en la valoración de la prueba.

Sostiene así el recurrente que no se da el elemento del tipo respecto a la exigencia de construcción no autorizable, y que en todo caso actuó con el convencimiento de que era autorizable. Lo primero supone pues combatir la argumentación de la sentencia de instancia respecto del carácter no autorizable de las obras que llevaría a cabo, y lo segundo en realidad ahondaría en el planteamiento del error de tipo respecto de este elemento del delito apreciado.

Como punto de partida, resulta ya irrelevante el debate planteado por el recurrente respecto de la interpretación de la expresión contenida en el tipo de "no autorizada" como "no autorizable". En tal sentido, cierto que se constata una línea interpretativa más favorable al reo que considera atípica la obra no autorizada que en cambio sea autorizable por la constatación de una mera irregularidad administrativa que sea subsanable, pues ningún quebranto del interés tutelado por la norma penal -más allá del mero ilícito administrativo- cabría sostener cuando las normas que disciplinen la ordenación del territorio admitan la alteración operada sujeta simplemente a unos requisitos formales. Sin embargo, la reforma operada en el delito apreciado por la LO 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, sustituye tal expresión de "no autorizada" por la de "no autorizable", luego el propio legislador penalista acoge una interpretación que siendo más



restrictiva en relación al alcance y exigencias del tipo penal, debe ser objeto de aplicación retroactiva conforme al art. 2.2o del CP .

La cuestión determinante pues se ha de centrar -con independencia de la ausencia de autorizaciones- si las obras acometidas por el acusado eran o no autorizables cuando se ejecutaron.

Insiste al respecto el recurrente que actuara bajo el convencimiento de que eran autorizables, más ya se abordó en fundamentos precedentes la no prosperabilidad del error de tipo alegado, luego en relación a esta cuestión debemos remitirnos a lo ya dicho.

A continuación alude el apelante a la posibilidad de que las obras ejecutadas sean autorizables, al no ser firme la resolución administrativa que así lo señalara.

Al respecto debemos recordar que la resolución de la cuestión atinente al carácter autorizable o no de las obras en cuestión, con independencia de que sea técnicamente administrativa y revisable pues en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, al configurarse además como un elemento del tipo penal puede y debe ser objeto de análisis y resolución prejudicial por los Tribunales Penales, sin necesidad de esperar la eventual resolución -o en su caso firmeza de la misma- de aquella jurisdicción.

A propósito de ello hemos de traer aquí el criterio elaborado al respecto por la Sala Segunda del Tribunal Supremo -STS 363/2006, de 28 de marzo - y que se contiene, por ejemplo en las SS. de 13.7.2001 y 27.9.2002 , cuando dicen que "la regla contenida en el párrafo 1o del art. 10o de la L.O.P.J . no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4o de la decimonónica L.E.Criminal .".

Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, delitos societarios, delitos fiscales, delitos de prevaricación u otros contra la administración pública, insolvencias punibles, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. Una interpretación amplia de lo prevenido en el citado art. 4o de la L.E .Criminal impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los referidos tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependen de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal."

En la misma línea y con extensa cita de la anterior, la STS. 29.10.2001 afirma también: "Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal (la LECr). Una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entranan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquéllas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional."

Esta regla viene también avalada, precisa la STS. 24.7.2001 , por el reconocimiento en el art. 24.2 CE . del derecho fundamental a un proceso publico sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso -con todas sus instancias- ante otro orden jurisdiccional. El párrafo segundo del art. 10 de la L.O.P.J . anade como excepción que "no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca. En consecuencia la regla general del art. 10.1o de la L.O.P.J . -que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional- tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de



naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la L.O.P.J. se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca. Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1o del art. 10o de la L.O.P.J. no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4o de la decimonónica L.E.Criminal.

Otra sentencia de esta Sala, la 1772/2000, de 14 de noviembre, también se pronuncia por la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas.

A la eficacia del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se ha referido la Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre, en la que se expresa que la determinación de la cuota defraudada constituye efectivamente una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que conforme a la regla general prevenida en el art. 10.1o de la L.O.P.J. debe resolver el propio Órgano jurisdiccional penal.

Y la Sentencia 1438/98, de 23 de noviembre, también se pronuncia a favor de la competencia del Tribunal Penal, conforme se dispone en el artículo 3o de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver una cuestión arrendaticia aunque la afirmación de la existencia del arrendamiento constituya una cuestión prejudicial de naturaleza civil que, por su especial incidencia en el delito de que se trata, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

Por tanto, no es posible sostener como argumento de exculpación la pendencia ante los Tribunales contenciosos de la cuestión atinente al carácter no autorizable de las obras, pues partiendo ya de Resoluciones administrativas que denegaren la calificación territorial para gran parte de las obras acometidas -tal y como luego se verá, y que determina por ello su carácter de no autorizable-, lo único admisible es que la valoración jurídica de la Juzgadora Penal de instancia respecto del carácter o no autorizable de las obras, debiendo ser por ella resuelto, se acomode a los parámetros propios de la normativa que reglamente esta cuestión.

Sin embargo, el recurrente no alude en realidad que las obras acometidas fueren autorizables, sino que se limitó a reparar construcciones preexistentes por motivos de seguridad, y que por tanto no están afectas por la denegación de la calificación territorial, la cuál en realidad estaría conectada con obras proyectadas que sin embargo no se habrían aún ejecutado, razón por la cuál no habría incurrido en el ilícito penal apreciado.

NOVENO.- La cuestión así planteada, en contra de lo resuelto en tal sentido por la Juez a quo, se sustenta en un supuesto error en la valoración de la prueba.

En relación con ello, y como viene sosteniendo esta Sala con cierta reiteración en consonancia con la doctrina prácticamente unánime del resto de Audiencias Provinciales, la segunda instancia penal no se configura como un nuevo juicio sino como una revisión del celebrado en la instancia, de modo que el órgano ad quem tendrá plenas facultades para examinar la correcta adecuación de los hechos declarados probados a las normas legales aplicables, con el límite de la reformatio in peius, para velar por la tutela de los derechos fundamentales, tanto en la obtención de las pruebas como en la observancia de las garantías procedimentales, pero tendrá limitada su facultad de revisión sobre el marco fáctico delimitado en los hechos probados, que solo podrá modificar cuando concurra una de estas tres circunstancias:

1o.- Que el razonamiento efectuado por el Juez a quo para considerar probado un hecho sea absurdo, manifiestamente erróneo o arbitrario;

2o.- Que no se hayan tenido en cuenta por aquél determinadas pruebas incorporadas debidamente al plenario, que de un modo manifiesto contraríen la conclusión a la que ha llegado; y

3o.- cuando la mutación fáctica devenga de la valoración de las nuevas pruebas que el Tribunal de segunda instancia practique en los limitados supuestos del art. 790.2 de la LECRIM, si bien, y a fin de salvaguardar el derecho de defensa, si la sentencia de instancia hubiese sido absolutoria, las nuevas pruebas deberán practicarse en presencia de los acusados, posibilitándose con ello la debida contradicción.

En el presente caso, la Juez de instancia, que ha gozado de la especial singularidad de la inmediación, hace un pormenorizado y riguroso análisis de la prueba practicada, respondiendo razonada y razonablemente a cada una de las cuestiones que de nuevo se plantean en esta alzada. Y así, respecto del argumento de que el acusado se limitó a realizar obras de rehabilitación, en contra de tal planteamiento concluye que las obras desarrolladas supusieron una auténtica alteración del terreno, dando una nueva configuración al mismo con la ejecución de obras que aún cuando pudieren haber tenido como base construcciones preexistentes, no se limitan a reformarlas, sino que las sustituye ampliando de un modo considerable su inicial estructura sustituyéndolas



de tal forma que han perdido todo su sentido originario, modificando hasta tal punto su primitivo estado, que sostener que se trata de simples obras de reforma supondría realizar una lectura de la realidad que choca frontalmente con la lógica y el sentido común. Y es que en el ejercicio de la función de revisión que como Sala de Apelación compete a este Tribunal, solo puede llegarse a semejante consideración justamente teniendo en cuenta el material probatorio analizado por la Juez a quo, así como la línea argumental que sigue en su fundamentación, sirviendo de ejemplo gráfico las fotografías obrantes a folios 24, 26, 31, 32, 34, 35, 36, 124, 125, 166, 167 de las actuaciones citadas por la juzgadora de instancia.

En igual sentido solo cabe calificar como de absolutamente razonables y razonadas las conclusiones que emite la Juez a quo sobre el carácter no autorizable de gran parte de las obras ejecutadas, y subrayamos tal aseveración, pues frente a la argumentación del apelante de que ha obtenido la calificación territorial, debe indicarse que tal planteamiento resulta parcial y sesgado, ya que dicha autorización afecta tan solo a una parte de las obras, habiéndose denegado en cambio la misma para el grueso de las que ejecutaba. Entremos en detalle:

1o.- De un lado, la juzgadora de instancia analiza la cuestión del carácter no autorizable de las obras dentro de su fundamento de derecho primero a partir del folio 791, con sustento en informe emitido por la Jefa de Servicio de Calificaciones Territoriales de la Consejería de Gobierno y Política Territorial -folios 549 a 635 de las actuaciones. Es de notar al respecto, como la Consejería de Política Territorial, Vivienda y Arquitectura del Cabildo de Gran Canaria deniega la calificación territorial NUM000 para legalización de cerramiento de finca y muros de contención, otorgándose dicha calificación para la legalización de la reparación del muro de contención correspondiente al tipo 1, situado en la zona más alta de la finca. En relación con dicha denegación, se concluye en que no resulta autorizable pues el cerramiento de la finca incumple el art. 63.1.a) del Decreto Legislativo 1/2000, constatándose en visita de campo que las obras ejecutadas de cerramiento no se corresponden con el permitido para parcelas de suelo rústico en el PGO de Las Palmas de Gran Canaria, consistente en estacas y alambradas con seto vivo o con ambos procedimientos simultáneamente.

2o.- También se analiza el carácter no autorizable respecto de parte del proyecto de sustitución del tendido eléctrico aéreo por otro subterráneo, pues el tramo que discurre entre las cotas 525 y 565 lo hace por un camino ilegal, senalándose al efecto respecto de la calificación territorial 50.733/2006 que no cabe legalizar la apertura de un nuevo camino pues resulta incompatible con los fines de protección del Espacio Protegido, considerándose igualmente como no autorizables otro tipo de actuaciones ejecutadas consistentes en demoler el cerramiento de finca conservando murete de 075 metros de altura, la actuación de legalizar la construcción de seis muros de distintas longitudes -folio 792 in fine-, así como la construcción de pérgola y parterres, entendiéndose únicamente como legalizable la rehabilitación de alpendre.

3o.- La juzgadora tiene en cuenta también las propias manifestaciones del acusado, siendo curioso la invocación de supuestas consultas a organismos que chocan con las opiniones emitidas en el plenario por testigos que declararían a su instancia que carecen de toda cualificación técnica para sostener tal argumentación, como es el caso del Presidente de la Asociación de Vecinos Sagrada Familia de La Milagrosa, no siendo razonable que el parecer de dicha persona, como tampoco del responsable de la primera constructora contratada por el acusado, así como del Jefe de Personal de la segunda constructora, se deban tomar como de mayor relevancia que el sostenido por los técnicos de la Administración competente para otorgar o denegar la calificación territorial, tratándose de funcionarios públicos que se limitan a actuar en el ejercicio de sus funciones, sin ninguna animadversión apreciada ni alegada para con el ahora apelante.

Concluye el acusado este motivo de impugnación mencionando que tan pronto fue requerido de paralización con orden de precinto según Resolución de 25 de junio de 2004, que le fuere notificada el día 29, cumplió con dicho mandato, bastando para considerar incorrecta tal alegación mencionar lo ya resuelto en el antepenúltimo párrafo del fundamento de derecho séptimo de la presente resolución.

DÉCIMO.- Ordinal 2o, parte quinta del recurso de apelación: Sostiene el recurrente en este motivo de impugnación la infracción del artículo 319.1 por la inexistencia del elemento del tipo "obra de nueva construcción", sintetizándolo en que a su criterio no se ha realizado ninguna construcción de obra nueva que implicase una modificación sustancial de la configuración de la zona. Error en la valoración de la prueba.

Como punto de partida, ninguna duda se suscita en cuanto al alcance del término legal de "construcción", pues con cita de jurisprudencia reiterada de la Sala Segunda y de la llamada jurisprudencia menor, hay coincidencia en todas las partes y la juzgadora de instancia sobre cuáles son los elementos definidores de este elemento del tipo penal.

La cuestión surge, y así se plantea por el recurrente, sobre la adecuación a este concepto penal de las obras ejecutadas por el acusado condenado, pues llegados a este punto ninguna duda cabe tampoco en cuanto a que el apelante llevara a cabo obras de cierta consideración en su finca.



Dicho lo anterior, la defensa del ahora apelante desgana a partir del folio 39 de su recurso las distintas obras ejecutadas que a su entender no alteran la configuración del terreno, por cuanto se habrían limitado a rehabilitar construcciones preexistentes, a la par que destaca como algunas de ellas -así el estanque- en realidad no se habrían ejecutado, de tal forma que no habrían tampoco producido ninguna alteración en el terreno.

Como primer aspecto, ciertamente que nada consta en autos acerca de la efectiva ejecución del proyectado estanque, sobre el cuál tampoco nada dice la sentencia, y si bien estamos ante un tipo penal de resultado, nada obsta a ello la realidad de otras obras, cuanto menos parcialmente ejecutadas, que entran dentro del concepto de construcción manejado por la jurisprudencia -por todas STS 1.182/2006, de 29 de noviembre -.

Frente a ello, y de nuevo en el ejercicio de la función de revisión que compete a esta Sala de Apelaciones en relación a la prueba practicada y el razonamiento que se expone sobre ella en la sentencia, no cabe otra consideración que confirmar la conclusión a la que llega la Juez de Instancia, ampliamente expuesto sobre todo a partir del último párrafo del folio 800 de las actuaciones.

Toma en consideración las declaraciones de los agentes del Seprona y de Medio Ambiente, así como la de los técnicos del Cabildo. Toma igualmente en consideración las manifestaciones de los peritos presentados por la defensa, llegando a conclusiones razonadas y razonables acerca de porqué minusvalora parte de sus conclusiones, a la par que destaca como algunas de ellas -en particular las de D. Sixto - corroboran incluso el parecer de los técnicos sobre la verdadera naturaleza de parte de las obras ejecutadas, que califica expresamente como de nueva construcción -primer párrafo del folio 802 y en consonancia con ello páginas 2 y 5 del informe del perito Sr Sixto .

Sobre el aparcamiento, basta lo resaltado por el perito propuesto por la propia defensa Sr. Sixto respecto a la explicación de terreno para uso de aparcamiento, hecho que fuere constatado in situ por inspección realizada por agentes de medio ambiente en fecha 22 de abril de 2004.

En relación con el camino, alude el recurrente al informe que al efecto emitiera el perito Sr. Alfredo , sustentado esencialmente en su interpretación de un fotograma a color del Grafcan del año 1997. Sobre ello, y aparte de la razonada argumentación que expone la Juez de instancia sobre la menor credibilidad que le ofrece éste frente a la mayor objetividad que cita respecto a los técnicos de la administración, sí que llama la atención de esta Sala el contraste entre sus explicaciones y sus conclusiones. Como primer aspecto, los miembros de esta Sala no advierten en la fotografía a color rasgos de los supuestos caminos numerados como 1, 2 y 3 que cita el perito al parecer con tanta claridad, más allá del espacio que se visualiza entre la vegetación, sustancialmente parecido al que se da en otras partes de la finca donde el perito no significa que haya camino alguno. Sí que parece vislumbrarse lo que parece -sin especiales esfuerzos- un camino -también indicado por el perito- en uno de los linderos, concretamente observando la fotografía desde su lado izquierdo en dirección a su lado derecho, e igualmente en la parte central de la finca junto al muro nominado como M5. En ambos casos, sí que cabe sostener que efectivamente estamos ante sendos caminos, más no en los resenados como caminos 1, 2 y 3. Pero es más, resulta curioso que al dar sus argumentaciones -página 2 de su informe- el perito refiera "claros reflejos de un posible camino existente anteriormente, ..., y que obviamente no se podría vislumbrar perfectamente desde el aire, tanto antes como ahora, dado el follaje de la vegetación", esto es, que contemple un alto grado de indeterminación respecto a la efectiva existencia de tales caminos 1, 2 y 3, y luego en sus conclusiones guarde silencio sobre éstos, haciendo mención -ya en tal caso como algo muy claro y sin ningún género de dudas- a la existencia de un camino en los lindes sur y este de la propiedad que bien pudieren ser los sí apreciados por esta Sala y nada que ver con los invocados por la parte apelante. En cualquier caso, sí que resulta indicativo de cierta parcialidad pretender dar una visión interpretativa de una fotografía que examinada por esta Sala no posibilita sostener la conclusión de la parte ahora recurrente, máxime cuando previamente dicho perito solo habla de posibilidades admitiendo que no se pueden vislumbrar perfectamente.

Aparte de ello, si se contrasta la fotografía que incorpora a su pericial Don. Alfredo , con las obrantes a folios 40 y siguientes, es de notar como de nuevo sí que parece clara la existencia de los 2 caminos a los que aludimos antes, pero desde luego no se advierte ningún rasgo distintivo de los numerados como 1, 2 y 3.

Pero aún más, tal y como lo resena la Juez a quo, resulta destacable la solicitud de calificación territorial así como el Estudio y Proyecto de ejecución redactado por Don. Alfredo , obrantes a folios 151 a 156, donde se describe la construcción de un nuevo trazado, no tratándose claramente de mera rehabilitación de ninguno preexistente como lo demuestra el examen comparativo que hace al describir el actual trazado con el nuevo, debiendo resenarse como en el primero se alude a partes solo transitable para personas, mientras que en el segundo pasa a serlo para vehículos, como se amplía la longitud del trazado, y como se modifica incluso dicho trazado en muchas de sus partes.

A lo anterior hemos de anadir las fotografías que aporta el Seprona y obrantes a folios 24 a 39, donde se advierten carreteras en ejecución para tráfico rodado que se sitúan en pendientes, esto es, atravesando cotas



distintas del terreno que los haría situar justamente donde Don. Alfredo sitúa los caminos 1, 2 y 3, más no por ello cabría concluir en su preexistencia, sino justamente cotejándolas con la fotografía a color que dicho perito aporta, resultan una prueba gráfica ciertamente incontestable de que donde antes no había nada más allá de los naturales espacios entre vegetación, se han ejecutado caminos nuevos para acceso rodado de vehículos, razón por la cuál sí que resulta razonable la conclusión de la juzgadora de instancia acerca de la apertura de nuevos caminos y no de reparación de alguno preexistente.

Sin perjuicio de todo ello, tampoco parece razonable equiparar un posible camino para tránsito de personas - como así lo nomina quién fuere acusado y finalmente absuelto Sr. Abel - con lo que notoriamente no deja de ser una carretera en ejecución para acceso rodado de vehículos.

Respecto de la aludida escritura de compraventa, que al entender del apelante -si bien no hace especial hincapié en ello- se contiene el camino, no cabe negar que efectivamente la finca tenga algún camino tal y como se ha dicho, pero desde luego que de la misma no cabe extraer la existencia de los caminos 1, 2 y 3 nominados por el recurrente.

Desde luego no puede entrar esta Sala a valorar las razones del sobreseimiento de la causa respecto del citado perito Don. Alfredo , más desde luego su informe resulta tan poco consistente que su imputación posterior a su emisión ahonda justamente en la línea argumental de la juzgadora de instancia de restarle por completo verosimilitud, resultando indudable que lo que no cabe esperar -por las consecuencias penales que para el mismo acarrearía- es que en el plenario viniere a sostener una argumentación contraria a su propio informe. Dicho de otro modo, emitido éste, parece lógico que coherentemente tratase luego de defenderlo en el juicio oral, lo que por tanto no puede erigirse en genérico argumento de objetividad, máxime cuando al tiempo fuere el técnico responsable de diseñar para el apelante ese nuevo trazado.

En relación a los muros de contención, ya cabe descartar como prueba de descargo el informe Don. Alfredo por las dudas de parcialidad reseñadas y puestas de manifiesto por la Juzgadora de instancia. En cualquier caso, no cabe obviar que la finca en cuestión se sitúa a distintas cotas, tal como se infiere de las fotografías aéreas aportadas, con lo cuál resulta razonable concluir en la preexistencia de algunos muros de contención de los bancales de tierra, más no por ello cabe obviar -como efectivamente no lo hace la Juez de instancia- las fotografías que proporciona el Seprona y obrantes a folios 24 y siguientes, y tenor de las cuáles, sin necesidad de efectuar ningún esfuerzo valorativo es de apreciar la construcción de muros de contención. A ello se le ha de anadir que todos, salvo alguna excepción -el caso del muro de contención correspondiente al tipo 1 situado en la zona más alta de la finca, próximo a las edificaciones denominadas pajarera y pérgola-, no son autorizables como ha quedado dicho en fundamentos precedentes, recordando lo dicho y razonado al efecto por las denegaciones de calificación territorial números NUM000 y NUM001 .

Con este panorama, la parte apelante pretende construir su tesis defensiva sobre una prueba diabólica, y es que la acusación pública acredite el hecho negativo de la no preexistencia de unos muros, máxime en cuanto la prueba gráfica indiscutible que obra en autos es que se están construyendo. Desde esta perspectiva, esta Sala no puede apartarse de la cuestión nuclear, y es que el acusado está ejecutando la construcción de numerosos muros de contención que no son autorizables, y si su alegación es que esos muros ya existían, nada ha acreditado sobre tal circunstancia, de tal forma que si se está limitando a rehabilitarlos, lo razonable es que las fotografías reflejen una actuación sobre un muro ya construido, que no es precisamente la visión que arrojan las tan significadas fotografías. Nótese incluso, a título de ejemplo, como en la fotografía 5 del folio 26 se advierte en la parte alta lo que sí parece ser un muro antiguo, luego un trozo de terreno, y en una cota más baja un nuevo muro en ejecución, luego parece evidente que este nuevo muro se está acometiendo tras un novedoso desmonte, y siendo por tanto originario y distinto al anterior -en igual sentido, foto 8 de folio 27.

En relación al cerramiento de la finca con nuevas vallas en alambrada tipo Hércules, aparte de que no son obras autorizables conforme a la denegación de la calificación territorial no NUM000 , resulta indudable su calificación de obra nueva que nada tienen que ver con un supuesto cerramiento preexistente con vallas, contraviniendo simplemente el sentido común calificar su ejecución como resulta de las fotos obrantes en los folios 24 y siguientes -singularmente fotos 1, 2, 8, 23 y 28- de mera rehabilitación y sustitución del anterior.

Respecto de la pérgola y la pajarera, de un lado, simplemente basta con observar las fotografías 12, 13 y 14 obrantes a folios 29 y 30 para advertir que son obras de nueva ejecución. Pero es que al margen de ello, resulta ciertamente curioso que en la aludida -por el apelante- escritura de compraventa de su finca, que es de 9 de marzo de 2004, se incorpore unas declaraciones de obras nuevas que hicieran los anteriores propietarios y vendedores en la misma escritura de venta a partir de su página 12, con mención a dos viviendas no objeto de este proceso con antigüedad declarada superior a los 20 años, y sin embargo no se haga referencia alguna ni a la pérgola ni a la pajarera, máxime en cuanto a la hora de describirse las fincas que se venden, sí que se mencionan otras construcciones o dependencias anexas como una cueva-ganancia para vacas, con patio



estercolero de 12 metros cuadrados -página 6-, y una casa de labranza y cocina antiguas, así como tres cuevas para guardar aperos, animales y pastos -página 9. Por ningún lado, ni en la descripción de las fincas, ni en la declaración de obras nuevas -insistimos, realizadas en marzo de 2004- aparece la pérgola y la pajarería que con tanta claridad refiere el perito Don. Alfredo , pareciendo razonable que si eran construcciones preexistentes se incluyeran en la declaración de obra nueva. Todo ello al margen de que el perito también propuesto por la defensa -Sr. Sixto - refiera como obra nueva la pajarera -página 2 de su informe-.

También respecto de ambas construcciones se deniega la calificación territorial - NUM001 .

En relación a la tala de árboles y arbustos, basta indicar que consta las declaraciones por percepción directa de los funcionarios públicos, e interpretar alguna fotografía -como la obrante a folio 28- en el sentido interesado por la recurrente de que se trata de un acebuche que crece a raz del suelo, aparte de encontrar una respuesta adecuada por la Juez a quo, supondría tanto como pedir a los miembros de esta Sala que en realidad obviemos dicha fotografía. Por lo demás, simplemente decir en relación a la aludida sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo no 3 de Las Palmas, que ni conoce esta Sala la prueba que dispuso para dictar su fallo, ni que sus conclusiones vinculen a la jurisdicción penal, pues no se sustenta en una determinada interpretación jurídica sobre normativa administrativa, sino en una diferente percepción de datos fácticos relacionado con las fuentes de prueba con las que contara.

Finalmente, respecto de las obras de desmonte y allanado, basta considerar frente a la argumentación de que no sean técnicamente de construcción, que como necesarias y previas a la construcción de nuevos caminos, aparcamientos, muros de contención, y cerramiento que han sido calificados correctamente como obras de construcción no autorizables, su calificación en igual sentido dado su evidente carácter instrumental resulta también razonable.

A partir de todo lo expuesto, podrá disentirse del razonamiento de la juzgadora de instancia en el legítimo ejercicio del derecho de defensa, más lo exigible en un Estado de Derecho es que la declaración de hechos probados y el correspondiente juicio valorativo acerca de los mismos - incluyendo el juicio de tipicidad- emane de un órgano imparcial, cual es el caso; que quién haya ejercido dicha función exteriorice el acervo probatorio que guiara su íntima convicción; y que no se adviertan razonamientos absurdos, arbitrarios ni manifiestamente erróneos que deban conducir a distinta consideración; siendo así que en el caso concreto, como se deriva de lo dicho, el apelante extrae conclusiones sesgadas e interesadas que se sustentan exclusivamente en aquella parte de la prueba que entiende le beneficia, obviando por completo las demás fuentes de prueba que le perjudican, alguna de ellas -como se ha dicho- incluso propuesta por la propia defensa, debiendo recordarse que la conclusión a la que el Juzgador debe llegar se ha de sustentar en una apreciación en conjunto de toda la prueba practicada. Y siendo muy pormenorizado el análisis que hace la Juez de instancia de los distintos elementos probatorios con los que ha contado para formar su convicción, dando una respuesta razonada a los distintos planteamientos de la acusación y la defensa, y finalmente encajando los hechos que declara probados con una amplia argumentación en el tipo penal apreciado, no advirtiendo razonamientos absurdos, arbitrarios ni manifiestamente erróneos, debe concluirse en la corrección del proceso reflexivo que ha exteriorizado en su sentencia.

UNDÉCIMO.- Para finalizar con el recurso de la defensa del acusado, resuelta ya la alegación del error de prohibición, hace mención al principio de intervención mínima.

Este principio supone - STS 363/2006, de 28 de marzo - que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98 , que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son mas importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente



por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado "principio".

En el caso sometido a la consideración de esta Sala, 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 ordenación del territorio. 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 no se contraen al castigo de las construcciones sin licencia, sino que de la misma manera que 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, como de otra 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 mejora 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 presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio, y otra completamente distinta es que la interpretación del apreciado art. 319 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatada que sea los elementos constitutivos del tipo penal tal y como ampliamente razona la juez de instancia.

Por todo lo anterior se desestima en su integridad el recurso de apelación interpuesto por la defensa del Sr. Victorio, analizando a continuación conjuntamente con el primer motivo del recurso del Fiscal, la impugnación de la sentencia por la no aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

DUODÉCIMO.- Examinaremos pues acto seguido el recurso del Fiscal, principiando por su tesis contraria a la apreciación que se ha hecho en la sentencia impugnada de la atenuante de dilaciones indebidas, y paralelamente la tesis de la defensa a favor de su aplicación como muy cualificada.

En relación con la misma -antes analógica y ahora recogida expresamente en el art. 21.6 del CP tras la reforma operada en el mismo por la LO 5/2010 de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010-, señala la STS 630/2007, de 6 de julio, que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas recogido expresamente en el artículo 24.2 de la Constitución (RCL 1978836), no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. El artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1999190, 1572), se refiere expresamente al derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable.

Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Para ello es preciso el examen de las actuaciones concretas, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del



propio acusado. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 20039], Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003 [TEDH 20030], Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al artículo 6.1 del Convenio empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos. (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España).

En cuanto a sus efectos, esta Sala ha descartado sobre la base del artículo 4.4o del Código Penal (RCL 1995170 y RCL 1996, 777), que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, para lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el derecho fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4a y 5a del artículo 21 del Código Penal . Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del artículo 21.6a del Código Penal .

En cuanto a su concurrencia como muy cualificada, señala la reciente STS 1.323/2009, de 30 de diciembre , que la doctrina de esta Sala, por ejemplo STS. 24.4.2003 , 19.2.2001 , ha entendido que son aquellas que alcanzan una intensidad superior a la norma de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes de hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y no reveladores de la conducta del imputado.

Tratándose además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la STS. 1846/99 de 24.10 , pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de "duplicada". En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados - sentencia de 29 de octubre de 1986 - y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación - sentencia de 22 de septiembre de 1990 -, habiendo señalado la sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso:

1o. Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente.

2o. Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás esta Sala viene entendiendo que tan solo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas (STS. 493/2003 de 24.4).

Nuestra jurisprudencia, tratándose de dilaciones indebidas, ha apreciado en caso de transcurso de nueve años de duración del proceso penal (SSTS. 655/2003 de 8.5 , y 506/2002 de 21.3), que correspondía la aplicación de una atenuante analógica con el carácter de muy cualificada, para reparar en términos penológicos la excesiva duración del proceso. También se ha apreciado como muy cualificada en la sentencia 291/2003 de 3.3 , por hechos sucedidos en 1993 y juzgados en 2001 (ocho años) y en la sentencia 505/2009 de 14.5 , lapso temporal de siete años en un proceso muy simple.

Aparte de ello, y sin perjuicio de su posible apreciación de oficio, los términos del debate contradictorio sobre su apreciación ya quedan francamente limitados en el ámbito de la revisión que se desarrolla en la segunda instancia, pues según una línea jurisprudencial muy consolidada, cuanto menos resulta exigible que quién la invoque fije con cierta precisión los periodos en que la causa haya sufrido retrasos que no vengán justificados por su propia actuación, o por la propia complejidad del asunto - STS 578/2009, de 2 de junio ; STS 617/2010, de 22 de junio ; STS 483/2007, de 4 de junio ; entre otras-

DECIMO-TERCERO.- En el caso concreto es de notar como primer aspecto, como la defensa del ahora apelante en su escrito de conclusiones provisionales emitido el 23 de junio de 2009 -folios 656 y 657- nada invocara sobre la posible concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, antes al contrario, señala que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pretensión que pudiere haber articulado alternativamente como prevé el art. 653 de la LECRIM .



Luego, al finalizar el juicio oral que se desarrolló el 27 de enero de 2010, eleva a definitivas sus conclusiones provisionales, sin mención alguna a dicha atenuante.

Pese a ello, la Juez de instancia aborda su estudio en su amplio fundamento de derecho cuarto, pues la defensa lo habría alegado -aún extemporáneamente- en sus informes finales, razón por la cuál, en cuanto favorece al reo y ha sido objeto de expreso pronunciamiento, cabe entrar a revisar no solo que se denegare como muy cualificada -aspecto que combate la defensa-, sino su apreciación como simple -tal y como lo combate el Fiscal.

La juez a quo sustenta su apreciación en dos periodos de supuesta inactividad relacionados con la tramitación de recurso de reforma contra auto de procedimiento abreviado, y luego apelación contra esa misma resolución.

La defensa del acusado-condenado en la instancia, sustenta su alegación de que debía apreciarse como muy cualificada por la genérica duración del proceso de seis años desde que se iniciara hasta que concluyera en sentencia, argumento más que insuficiente para ello al no identificarse -como ha quedado dicho conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo- los periodos de inactividad distintos a los apreciados por la Juez a quo, que como primer punto no puede considerarse como especialmente relevante teniendo en cuenta la complejidad de la causa.

Basta el afecto señalar que el juicio oral, como señala la defensa del propio acusado, duró más de nueve horas. La sentencia de instancia tiene 31 folios, siendo exhaustiva en consonancia con la amplitud probatoria desarrollada y la complejidad técnico jurídica de este tipo de infracciones penales.

De ahí que de paso no quepa mantener que haya habido dilaciones desde la celebración del juicio oral -el 27 de enero de 2010- hasta el dictado de la sentencia de instancia -el 24 de mayo de 2010 -, justamente porque esa enorme complejidad precisaba una mayor dedicación que la ordinaria respecto de delitos más comunes y de menor dificultad, sin perjuicio de la resolución del resto de procedimientos a cargo de la juzgadora.

Como tampoco cabe sostener que se haya dado en la segunda instancia, pues a todo lo anterior debe anadirse la tramitación de sendos recursos del Ministerio Fiscal -15 folios- y la defensa del acusado -58 folios-, y los consecutivos escritos de impugnación -38 el del Fiscal-, remitiéndose la defensa del acusado a su escrito de recurso, quedando pendiente de deliberación, votación y fallo el 12 de mayo del presente año.

En esta misma línea, hemos señalado en sentencia de esta misma Sala de 7 de mayo de 2010 -Rollo de apelación no 78/2010 -, que "aunque no es la parte la que ostenta el deber de impulsar la tramitación de la causa, pues evidentemente resulta legítimo como expresión del derecho de defensa la expectativa de una eventual prescripción, tampoco resulta lógico desnaturalizar el ius puniendi del Estado con una rebaja muy significativa de pena que en la práctica supondría una equiparación de su conducta a la apreciación de una eximente incompleta, cuando aún siendo indeseable, debe asumirse la existencia de retrasos en la administración de justicia que van correlacionados en gran parte a la enorme carga de trabajo a la que contribuyen hechos como el objeto de este proceso.

Dicho de otro modo, partiendo de la premisa del deber del Estado de garantizar que los procesos penales, dado los intereses en juego, se tramiten con celeridad poniendo los medios necesarios a tal fin, no cabe obviar que gran parte del retraso que ostentan los Tribunales viene propiciada por -en el caso de la jurisdicción penal- la comisión de hechos delictivos, unos complejos y otros más sencillos, que exigen una tramitación procedimental en la que confluyen numerosas variables (informes periciales, declaraciones testimoniales, fase intermedia, escritos de acusación, apertura de juicio oral, escritos de defensa, remisión a órgano de enjuiciamiento, pertinencia de pruebas, señalamiento, juicio oral, eventuales recursos), que correlacionado con la distribución del trabajo dentro de la oficina judicial, y la propia dinámica de la actuación del Ministerio Fiscal con su esencial posición de acusador público y su consecuente dotación de medios materiales y personales, dotan a la Administración de Justicia de una complejidad tal que hacen que el tiempo razonable de tramitación de un procedimiento no dependa simple y llanamente de su aparente sencillez.

Y desde esta perspectiva, el conjunto de los intereses en juego, y por tanto no solo el del sometido al proceso penal de verse juzgado en un tiempo razonable, sino el de la sociedad de que se impongan penas a los delincuentes a fin de conseguir su resocialización y obtener la reparación por el daño que los mismos cometen, determina que los imputados no se vean anormalmente favorecidos con una rebaja sustanciosa de pena cuando con su proceder delictivo contribuyen justamente a la complejidad de esa Administración de Justicia.

Por ello, tan razonable es que la existencia de un retraso anormal en la marcha de la causa a la que no hayan contribuido deba reflejarse de alguna manera en la pena que en su día se les imponga, como ilógico que cualquier retraso tenga la virtualidad de colocarles en una situación de semimpunidad, y de ahí que la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada se limite a los casos expuestos jurisprudencialmente en que el retraso de la causa resulta tan clamoroso e injustificado en relación con el asunto de que se trate, que hagan



impropia e ilegítima la normal respuesta punitiva del Estado, máxime cuando durante tan largo periodo de tiempo el imputado no manifieste ninguna vocación criminal."

Por ello, aplicar la pretendida cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas al caso concreto, más allá de la que se apreciara en la instancia como simple, supondría premiar la delincuencia propiciándose el pernicioso mensaje de que a mayor criminalidad mayores son las posibilidades de obtener un tratamiento de benignidad del Estado, en cuanto se incremente la litigiosidad de su Administración de Justicia.

Por todo ello se desestima la alegación de la defensa del acusado de que la atenuante de dilaciones indebidas lo sea con el carácter de muy cualificada.

DÉCIMO-CUARTO.- Y respecto a la pretensión del Ministerio Público de que se revoque la sentencia de instancia en este aspecto, debe circunscribirse su alegato al supuesto periodo de inactividad fijado por la juzgadora de instancia, correlacionado con la tramitación de sucesivos recursos de reforma y luego de apelación contra el auto de incoación de procedimiento abreviado.

Como punto de partida debe significarse que la mera interposición de recursos ordinariamente previstos, como legítima expresión del derecho de defensa, no puede considerarse en sí mismo como una maniobra de obstaculización a la tramitación de la causa, máxime si se tiene en cuenta que conforme al art. 766.1º de la LECRIM su interposición no suspende la tramitación de la causa, salvo excepciones legalmente previstas, que no es el caso.

Desde esta perspectiva, interpuesto que lo fue recurso de reforma contra el auto de procedimiento abreviado, con independencia de la amplitud y fundamentación de sus peticiones, fue resuelto por auto de fecha 12 de abril de 2007, casi un año después, sin que se advierta en sus razonamientos una especial exhaustividad que justificara la demora.

Además, interpuesta apelación, aunque su resolución fuere en tal caso acomodada a los periodos de pendencia en la segunda instancia, es de notar que el Ministerio Fiscal interesara diligencias complementarias mediante escrito de fecha 28 de julio de 2006 que pudieron haberse practicado de forma inmediata y paralela no obstante la interposición de aquellos recursos, justamente por no tener efecto suspensivo su interposición, siendo así que sin embargo se paraliza la tramitación de la causa hasta que el 24 de octubre de 2008 -folio 534-, después de la resolución por esta Audiencia Provincial -si bien la sección 6ª- de la apelación, cuando se da trámite a las citadas diligencias complementarias.

Dicho de otro modo, de haberse dado el curso ordinario a los autos como exigía el art. 766.1 de la LECRIM, la interposición de los recursos de reforma y subsidiario de apelación solo hubieren paralizado la marcha de la causa una vez que llegaran los autos al Juzgado de lo Penal para su enjuiciamiento, en aplicación supletoria al procedimiento abreviado -art. 757 - de la regla general del art. 622 último párrafo, esto es, a partir del 29 de diciembre de 2009 -folio 664 -, que es cuando se registrarán los autos en el Juzgado de procedencia, luego debe concluirse que los periodos de inactividad referidos por la Juez a quo ni estaban justificados, ni han sido imputables al acusado condenado, razón por la cuál debe considerarse correcta la apreciación -al menos como simple, como ha quedado dicho- de la atenuante de dilaciones indebidas aplicada por la Juez de instancia.

Se desestima pues este primer motivo de impugnación del Ministerio Fiscal.

DÉCIMO-QUINTO.- Para concluir abordaremos el estudio del segundo motivo de recurso del Fiscal relacionado con la denegación de la demolición de las obras indebidamente ejecutadas por el acusado, posibilidad potestativamente prevista en el apartado 3º del art. 319 del CP .

Sobre esta cuestión señala la SAP de Sevilla 133/2010, de 26 de marzo, que "El apartado tercero del artículo 319 del Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) faculta a los Jueces o Tribunales para "motivadamente... ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

Como esta Sala ha razonado en otras ocasiones, "Mediante los tipos penales del título XVI del Código Penal se protegen bienes jurídicos que proclama la Constitución Española (RCL 1978\2836) en sus artículos 45 (medio ambiente); 46 (patrimonio histórico, artístico y cultural) y 47 (protección del suelo).

Sentado lo anterior, la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia, de 10 de mayo de 2007 (ARP 2008\41), señaló que la demolición es la única forma en que puede ser restablecida la legalidad urbanística transgredida, cuando se edificó en suelo no urbanizable ilegalmente, así como, que el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio quedaría frustrado, con el rigor que quiere hacerlo, dejando a las Leyes Administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación al orden penal, lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión (artículo 319) prevé."



Más adelante señalará que "Debe además incidirse en que el artículo 109 del Código Penal dispone que la ejecución de un delito obliga a reparar los danos y perjuicios por él causados, que en este supuesto equivale a la demolición pues no se alcanza a comprender otro modo en que podría repararse el mal causado salvo mediante esta imposición de una obligación de hacer que minimice el hecho ilícito (artículo 112 del C.P.), y en caso contrario, mantenimiento de lo edificado, se estaría perpetuando de facto el delito cometido. En este sentido, como ya dijo esta Sala en la sentencia 317/2009 (JUR 2009\273129), ha sido el elevado grado de incumplimiento de la disciplina urbanística "lo que ha motivado la incriminación penal de las conductas enjuiciadas por lo que no tendría sentido que, pudiendo los Tribunales Penales decidir sobre el restablecimiento de la legalidad urbanística, no lo hicieran, y remitieran de nuevo la decisión a la Administración cuya insuficiente actuación propició la creación de estas novedosas figuras delictivas".

En la misma línea la SAP de Cádiz 214/2009, de 27 de mayo, señala respecto de la posibilidad legal de la demolición del art. 319.3 del CP, que "Es evidente que se configura como un mero acto de restauración de la legalidad urbanística conculcada y configura el Derecho Penal como un medio legítimo para hacer cumplir con la legalidad urbanística y el principio de legalidad. En sí mismo, no es responsabilidad civil derivada del delito habida cuenta de su carácter facultativo sujeto al arbitrio judicial. Pero tampoco es una pena, pues no figura en el catálogo de las penas del artículo 33 del Cp. De ello se puede ya extraer algunas consecuencias prácticas:

1.-No hay que buscar ni guiarse en su aplicación material por criterios de prevención especial ni de resocialización o rehabilitación del penado. Nada tiene que ver aquí el artículo 25.2 de la CE. No interesa aquí el comportamiento futuro del culpable ni su capacidad futura de llevar una vida sin delitos. Para eso ya se le impuso una pena concreta a cumplir.

2.-Por ello mismo, no habrá que investigar sobre el mayor o menor reproche punitivo de la conducta del autor y sus circunstancias personales. No se trata de individualizar y dosificar el reproche que merezcan sus actos. No tiene el precepto ninguna dimensión subjetiva.

3.-Lo único importante será la constatación del ataque al bien jurídico protegido y la necesidad de su preservación desde una óptica puramente objetiva pero no sólo en su dimensión concreta -zona afectada- sino también en abstracto, es decir, de cara al futuro, esto es, no en relación únicamente al suelo o zona afectada sino en relación a cualquiera, conjugando, eso sí, ambos factores, única forma de aplicar la medida con proporcionalidad y mesura. La experiencia de nuestro país, desgraciadamente, ha puesto de manifiesto la necesidad de exacerbar el celo de todos los poderes públicos en la protección de este bien en un sentido omnicompreensivo y globalizador. La mejor forma de proteger el bien jurídico allí donde quede algo que proteger es la evitación, y esto es fundamental, del « efecto llamada » evitable a través del carácter ejemplarizante de la medida demoledora en prevención de futuras conductas desviadas.

SEPTIMO.- Hasta aquí podemos por tanto concluir que la demolición de una obra contraria al ordenamiento urbanístico que prevé el artículo 319.3 del Cp (RCL 1995\3170 y) no debe ser la excepción sino la regla general. Lo avalan razones de pura unidad y coherencia sistemática del ordenamiento. A saber:

1.-No nos cansamos de decir desde múltiples resoluciones jurisdiccionales que el bien jurídico protegido en los delitos contra la ordenación del territorio, considerados como de mera actividad y de carácter eminentemente doloso, no es otro que la protección del suelo como marco jurídico de la vida humana frente a operaciones urbanísticas. Como resulta de los tipos configurados por el legislador el bien jurídico no abarca sólo los suelos de especial protección en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, de rasgos naturales acreditados, sino también aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística. En definitiva, es la utilización racional del suelo orientada a los intereses generales, (artículos 45 y 47 de la CE (RCL 1978\2836)) y no a los particulares lo que se protege.

2.-Siguiendo esta línea, y bajo la consideración de que el delito previsto en el artículo 319.2 del Código Penal es una norma penal en blanco que se nutre de elementos propios de otro sector jurídico, concretamente del Derecho Administrativo Urbanístico, que contempla remedios, en principio, suficientes para reaccionar frente a la construcción ilegal, la interpretación de aquella norma penal no puede llevar a incardinar dentro de este ámbito punitivo toda actuación urbanística antijurídica, pues en tal caso se daría el resultado paradójico y perturbador de avocar hacia el Derecho Penal prácticamente toda la actividad sancionadora administrativa, convirtiendo a este Derecho, contrariamente a los fines que le son propios, en herramienta o instrumento de la gestión administrativa. Por ello, se ha considerado que, conforme a los principios propios del Derecho Penal, sólo se dará el delito en aquellos casos en que, tras la correcta o no correcta actuación administrativa, los remedios previstos en la legislación específica se muestren en la práctica insuficientes para restablecer el orden jurídico violado. En definitiva, se sigue la tesis "material", sobre la base de que el bien jurídico protegido



no sería la mera infracción formal de la normativa urbanística emanada de la Administración, sino la infracción de dicha normativa en cuanto efectivamente ataque a una ordenación racional del territorio, lo cual implica que, en un sentido más amplio, el bien penalmente amparado es la calidad de la vida y el hábitat en el que se desenvuelven los seres humanos, del que la adecuada ordenación del suelo constituye un patrimonio común que es necesario preservar. Por ello, la intervención del Derecho Penal se ha venido a producir, teóricamente al menos, por vía de su fragmentariedad y subsidiariedad ante la debacle administrativa y por las razones que fueren. En esta consideración, la demolición y restauración del bien jurídico debe ser la regla general, al margen de cuál haya sido la actuación de la Administración más o menos afortunada, cuando no permisiva.

Si el Derecho Penal interviene es porque lo exige la relevancia del bien jurídico y la realidad social; por tanto no hay razón para configurar la medida como excepcional.

Desde luego desde una interpretación literal y gramatical del precepto ninguna conclusión cabe extraer pues la palabra «motivadamente» nada anade toda vez que toda resolución judicial debe estar motivada. «motivadamente» no significa excepcionalmente.

Establecido que la regla general debe ser la demolición de lo construido constatando su incompatibilidad con el ordenamiento vigente, habrá, no obstante, que establecer qué criterios deben regir la excepcionalidad a la regla general.

Desde luego, no debe considerarse la actividad o inactividad previa de la Administración como criterio a tener en cuenta. Ni la Administración Urbanística es lo mismo que la legalidad urbanística sino que está vinculada por ella y sujeta en su actuación a la revisión judicial ni, como ya hemos dicho, se está aplicando una pena al culpable, con lo que de poco servirá invocar una mayor o menor culpabilidad subjetiva en el infractor.

Tampoco tiene mucho sentido invocar argumentos como el valor económico y quebranto que al infractor supone la demolición. Además de cuanto ya hemos argumentado en el sentido de que no se está aplicando una pena, se haría de mejor condición a un infractor más recalcitrante, construyendo más metros cuadrados que, teóricamente, incorporan más valor económico, que el que construye en menos metros. Por lo mismo, y porque la lesión objetiva al bien jurídico es la misma, no parece que tenga mucho sentido reparar en el destino dado a la construcción en sí, unifamiliar, de primera o segunda residencia, nave industrial, etc. Más justificaría una mayor o menor dosificación de la pena a imponer. En definitiva entendemos peligroso introducir criterios como la naturaleza de la construcción, el dano que causaría al infractor, en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia, etc... como se ha considerado a veces desde otras Audiencias Provinciales

Tampoco cabe confiar la solución en futuras legalizaciones parciales o modificaciones sectoriales del PGOU en ciernes, como tampoco considerar desde los Tribunales penales que es la Administración la que debe actuar su potestad administrativa. Ninguna de estas soluciones tiene un mínimo sustento serio ni se compadece con el principio de legalidad y seguridad jurídica además de suponer una incongruencia por «infrapetium» cuando el Ministerio Público o asociaciones ecologistas están instando un pronunciamiento fundado en Derecho sobre una petición concreta de demolición. En este sentido coincidimos con buena parte de la Jurisprudencia menor. Nos permitimos citar textualmente la SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007 (ARP 2007\414) «Sería un contrasentido que se declarase constitutiva de delito una edificación y se deje a la administración urbanística acordar la demolición. Entendemos que debe ser la jurisdicción penal la que acuerde la demolición pues, el objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio con el rigor que quiere hacerlo, no sería factible dejando a las leyes administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación del orden penal lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión prevé (Sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 1a de 27 de diciembre de 1999, y Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6a de 19 de febrero de 2004 (JUR 2004\239098)).

Lo que no compartimos tampoco es el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su recurso en el sentido de que la demolición de la obra es una consecuencia necesaria cuyo único presupuesto legal habilitante es la incompatibilidad de la misma con el ordenamiento urbanístico. Según el Ministerio Fiscal, la introducción de la norma se produjo por la acreditada convicción generalizada de la falta de voluntad de la Administración de ejercer las potestades protectoras de la legalidad urbanística conferidas con carácter imperativo y reglado y su resistencia a acordar y ejecutar órdenes de demolición legalmente procedentes. Desde luego, incluso aunque esta hubiera sido la razón de la reforma legislativa, lo que dudamos, visto el carácter facultativo de la medida introducida en el art. 319.3 del Cp, referida a tipos penales que además ya conllevan el carácter no autorizable de la construcción, lo que es claro es que precisamente esa discrecional facultad obliga a diferenciar y establecer en qué casos cabe o no acordar la demolición por la jurisdicción penal. Este carácter discrecional pone de manifiesto que el juez penal al interpretar el art. 319.3 y ponderar su aplicación hace



todo menos ser un mero aplicador de la norma urbanística. Si esto fuera así, hubiera bastado que el legislador impusiera al juez penal la demolición de la obra conforme la legalidad urbanística en lugar de introducir vías de ponderación más o menos excepcionantes, pero excepcionantes al fin, del efecto restaurador de la legalidad al que el Fiscal pretende atribuir esa imperatividad que no tiene. Y tampoco vale el criterio de que ese «podrá» viene referido a los supuestos en los cuales la obra, típica penalmente ex ante e incompatible con la legislación urbanística vigente en el momento de los hechos, se tronca de forma sobrevenida legalizable ex post en virtud de reformas normativas producidas con posterioridad. Este argumento no se sostiene. Es evidente que no tiene sentido, bajo ninguna circunstancia, acordar una demolición de construcción autorizable in actu. No nos parece razonable este criterio.

En la búsqueda de ese plus condicionante de la aplicación o no del art. 319.3 del Cp, parece que el único criterio seguro es el objetivo, es decir, el ataque consumado al bien jurídico y muy excepcionalmente la naturaleza misma de la construcción como tal que pueda vislumbrar una razonable y merecida pervivencia futura -p. ej., valor artístico acreditado más allá del económico inherente a toda edificación con perfecta integración paisajística y en el entorno...- o por su valor social -edificaciones que integran un número muy considerable de viviendas, etc-.

La prevalencia del criterio objetivo es a nuestro juicio acorde con lo que entendemos debe ser la principal función que desempeña el precepto, esto es, en el ámbito de la política criminal como medida disuasoria general de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística y en este sentido también se puede citar la SAP de Jaén de 30 de marzo de 2007 (ARP 2007\414) y la nuestra de 29 de noviembre de 2007 (ARP 2008\376), que nos hemos permitido transcribir casi íntegramente, pues es el criterio que seguimos manteniendo.

Siguiendo esta línea argumentativa, en línea de principio, no es asumible el criterio de que la edificación no sea exclusiva ni única, sino que existen otras en la misma zona o entorno para no acordar la demolición, pues introduciría un elemento de juicio muy peligroso y a nuestro juicio inaceptable, pues permitiría precisamente ese «efecto llamada» para seguir realizando construcciones ilegales sobre los despojos de lo aún preservado; se llegaría incluso en este desafuero al paroxismo de hacer en muchos casos de mejor derecho aquellos en los que el ataque al bien jurídico es más brutal, criterio inaceptado por la inmensa mayoría de la denominada jurisprudencia menor (por ejemplo, AP Jaén 1 septiembre 2003 (JUR 2003\242232), AP Cádiz 16 octubre 2006, junto a muchos otros pronunciamientos similares a nivel de Audiencias Provinciales). Esto es así estemos aplicando el tipo penal o calibrando la aplicación de la medida de la demolición de lo construido.

Ahora bien, sí es cierto que habrá casos en los que el desequilibrio urbanístico en la zona concreta sea de tal envergadura y lastre, incluso inveterado en el tiempo, no exento muchas veces de una palmaria desidia y dejación de la Administración que, desde una dimensión geográfica concreta, prácticamente, por haber poco o casi nada que proteger, no sea proporcionado hacer cargar sobre un sólo culpable las consecuencias de una « política » de hechos consumados a menudo tolerada, al menos lo parece muchas veces, desde las Administraciones con responsabilidades en la formación ordenada de núcleos de población y que suelen olvidar que sus responsabilidades también alcanzan la preservación del suelo como recurso de interés general y no particular."

DÉCIMO-SEXTO.- Aplicando estas consideraciones al caso concreto, entiende esta Sala que debe estimarse, al menos en parte, el recurso del Fiscal por este motivo de impugnación.

Y es que en efecto, resulta un tanto incongruente concluir muy razonadamente sobre la grave conculcación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, mediante la ejecución de una serie de cuantiosas obras que no resultan autorizables, y que de paso han provocado un perjuicio constatado a la flora de un espacio natural protegido, además de la alteración de su configuración preexistente, y luego no acordar la demolición de lo ilegalmente ejecutado.

También es cierto que no deja de ser razonable la argumentación dada por la Juez a quo en relación a que la demolición de algunas de esas obras pudiese causar mayores perjuicios, más justamente por ese mismo argumento es por lo que esta Sala entiende que la demolición no puede afectar a los muros de contención ya ejecutados.

Y es que en efecto, por más que su construcción haya afectado a los bancales de tierra, llegando a crear incluso importantes desniveles que obviamente creados aún de forma indebida habrá que proteger a fin de evitar en lo sucesivo el desplome del terreno afectado, debe concluirse en la improcedencia de eliminar esos muros de contención ya construidos por el riesgo cierto de desplome, con una degradación de la zona que alcanzaría mayor intensidad que su mantenimiento.



En cambio, el resto de la obra ejecutada indebidamente, relacionada con los nuevos caminos, la pérgola, la pajarería, y el muro de cerramiento, deberán ser demolidos restaurándose el suelo afectado a su estado originario, que no será otro que la eliminación de tales construcciones, todo ello a costa del ejecutado, lo cuál deberá determinarse en vía de ejecución de sentencia, afectando pues a todas y cada una de las obras con exclusión de los citados muros de contención, cuya autorización fuere denegada en las calificaciones territoriales citadas por la Juez a quo en los folios 791 a 793 de la sentencia impugnada.

DÉCIMO-SÉPTIMO.- En materia de costas procesales, siendo desestimado íntegramente el recurso de apelación del acusado- condenado en la instancia, y estimado en parte el recurso del Ministerio Fiscal, procede imponerlas a aquél (arts. 4, 394 y 398 de la LEC).

Por lo anteriormente expuesto y vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, esta Sala acuerda el siguiente

FALLO

Que desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Victorio , contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2010 del Juzgado de lo Penal Número 5 de Las Palmas , y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra esta misma resolución, SE CONFIRMA DICHA SENTENCIA, si bien incluyendo la demolición de las obras ilegalmente ejecutadas por el condenado con la amplitud y las excepciones determinadas en el fundamento de derecho décimo-sexto de la presente resolución, manteniéndose inalterables el resto de pronunciamientos, imponiendo al apelante condenado en la instancia las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese esta resolución a las partes a las que se hará saber que contra la misma no cabe recurso alguno, y remítase testimonio de la misma al Juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En Las Palmas de Gran Canaria, a veintinueve de julio de dos mil nueve.

VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dona INOCENCIA EUGENIA CABELLO DIAZ, en el Rollo de Apelación no 35/2011, dimanante del Procedimiento Abreviado no 144/2009 del Juzgado de lo Penal número Cinco de Las Palmas de Gran Canaria , al discrepar del parecer mayoritario del resto del Tribunal en relación al alcance que debe darse a la atenuante analógica de dilaciones indebidas y entender que, tal y como propugna la defensa del recurrente don Victorio debe apreciarse como muy cualificada.

Dicha atenuante ha sido configurada como analógica por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y, tras la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha tenido plasmación legal, contemplando el 21.6a del Código Penal, como atenuante específica, "La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y no guarde proporción con la complejidad de la causa".

En relación a las razones a las que responde la referida atenuante y a los criterios que han de tenerse en cuenta para su apreciación, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no 271/2010, de 30 de marzo , siguiendo la doctrina de dicha sala, declaró lo siguiente:

"Ciertamente el art. 24 CE . proclama el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, como igualmente se declara en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al afirmar que "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable, y en el art. 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, al disponer que toda persona tiene derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala han venido reafirmando tal derecho constitucional como son exponentes las sentencias del Tribunal Constitucional 43/85 y 133/88 , en las que se declara el "derecho a un proceso que se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción". Y las sentencias de esta Sala de 20 de septiembre de 1993 y 26 de junio de 1992 , entre otras, expresan que "tan notoria dilación infringe abiertamente el derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 24.2 , a un proceso sin dilaciones indebidas. El Tribunal que juzga más allá de un plazo razonable, cualquiera que sea la causa de la demora, incluso por



carencia estructurales que surgen con el aumento del número de causas, está juzgando a un hombre -el acusado- distinto en su circunstancia personal, familiar y social y la pena no cumple ya o no puede cumplir las funciones de ejemplaridad y de rehabilitación o reinserción social del culpable que son los fines que la justifican".

Los criterios a tener en cuenta para determinar si se han producido o no dilaciones indebidas pueden ser variados, recogidos como tales:

- a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas.
- b) Los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo.
- c) La conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso.
- d) El interés que en el proceso arriesgue el demandante y consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes.
- e) La actuación del órgano judicial que sustancia el proceso y consideración de los medios disponibles."

Además del dato genérico y objetivo del tiempo transcurrido desde la iniciación de la causa (siete años), entiendo que la apreciación, como muy cualificada de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, se justifica por dos razones concretas, a saber:

En primer lugar, la excesiva duración de la fase intermedia del procedimiento (más de tres años).

La fase intermedia (limitada, en el ámbito del procedimiento abreviado, al dictado del auto acordando continuar las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, al traslado de las partes acusadoras para que soliciten la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación, o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias, a resolver, en su caso, sobre la práctica de diligencias complementarias, a dictar auto acordando el sobreseimiento de la causa o la apertura del juicio oral, al emplazamiento del acusado y a la formulación de los escritos de defensa) ha tenido una duración superior incluso a la fase de instrucción, iniciándose la fase intermedia por auto de fecha 20 de abril de 2006 (folio 452) y culminando el día 23 de junio de 2009, en que se acordó remitir la causa al Juzgado Decano para su reparto al Juzgado de lo Penal (folio 660).

Así, en la fase intermedia se producen dos dilaciones relevantes en la tramitación de la causa, con motivo de la resolución de los recursos interpuestos contra el citado auto de fecha 20 de abril de 2006 (acordando continuar la causa por los trámites del Procedimiento Abreviado), ya que el auto resolviendo el recurso de reforma se dictó el 12 de abril de 2007, y, pese a que el recurso de apelación no produce efectos suspensivos, se paralizó la tramitación de la causa hasta el día 9 de septiembre de 2008, en que se dictó providencia (folio 529) acusando recibo del auto dictado por la Audiencia resolviendo el recurso.

Y, en segundo lugar, durante la instrucción de la causa se han producido dilaciones encubiertas (esto es, que no se aprecian a primera vista), dado que en la fase de instrucción, salvo las diligencias acordadas en el auto de incoación de diligencias previas (recabar el expediente administrativo a la Agencia de Protección del Medio Urbano y Natural) y las declaraciones como imputados de don Victorio y don Moises, acordadas mediante providencia de fecha 29 de septiembre de 2004 (folio 239), las restantes diligencias no se acordaron directamente por el Instructor, sino que éste, acordaba dar traslado al Ministerio Fiscal para que informase, practicaba las diligencias interesadas por aquél y le pasaba nuevamente la causa para informe. Así:

- Mediante providencia de fecha 5 de noviembre de 2004 (folio 345) se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para que informase si, a la vista de lo actuado, interesaba la práctica de alguna otra diligencia necesaria o esencial para la instrucción del procedimiento, y tras emitirse, el día 9 de diciembre de 2004, informe por el Ministerio Público, se acordó practicar las diligencias interesadas por el mismo mediante providencia de fecha 22 de abril de 2005 (folio 348).

- Por providencia de fecha 5 de agosto de 2005 (folio 437) se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal a los fines antes indicados, emitiéndose informe el 8 de noviembre de 2005 (folio 438) y acordándose la práctica de las diligencias interesadas por el Ministerio Fiscal mediante providencia de fecha 17 de noviembre de 2005 (folio 440)

- En fecha 17 de marzo de 2006 (folio 449) se acuerda dar traslado al Ministerio Fiscal para informe, que es emitido el día 17 de abril de 2006, en el que interesa que se dicte auto de transformación del procedimiento abreviado, dictado, como ya se ha indicado, en fecha 30 de abril de 2006.



A todo lo anterior se ha de añadir que la complejidad en la tramitación de la causa es relativa, y que, al margen de las declaraciones de las personas que fueron oídas en declaración como imputados, las dos diligencias esenciales para la averiguación de los hechos se practicaron, cada una de ellas, en un período inferior a los dos meses y, paradójicamente, entre ambas transcurrieron cuatro años y nueve meses. Así es, pues, de un lado, el expediente administrativo fue recabado en el auto de incoación de diligencias previas de fecha 18 de junio de 2004 (folio 60) y tuvo entrada en el Juzgado de Instrucción el día 21 de julio de 2004 (folios 71 y siguientes), y, de otro lado, mediante providencia de fecha 16 de diciembre de 2008 (folio 546) se acordó que por Técnico competente del Servicio Insular de Planeamiento de la Consejería de Política Territorial, Vivienda y Arquitectura del Cabildo de Gran Canaria, se emitiese informe técnico- jurídico, en el que a la vista de los proyectos presentados en los expedientes de calificación territorial con no de referencia C.T. 28.034/04 y C.T. 18.398/04, se determinase, si se trata de construcciones no autorizadas ni autorizables, informe que fue emitido el día 2 de febrero de 2009, con fecha de registro de salida del Cabildo de Gran Canaria el día 4 de febrero de 2009 (folio 549).

Esta última diligencia se practicó en la fase intermedia como diligencia complementaria, a petición del Ministerio Fiscal, a instancia de quien también se dictó el auto acordando la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (folio 451).

Por último, se ha de señalar que ni el acusado ni su representación procesal o su defensa han obstaculizado la tramitación de la causa, limitándose, en ejercicio del derecho de defensa, a interponer los recursos legalmente previstos.

En tal sentido, la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no 470/2010, de 20 de mayo, en un supuesto en el que desde la formulación de la denuncia hasta el dictado de la sentencia transcurrieron más de cinco años estimó correctamente apreciada, por la Audiencia, la atenuante de dilaciones indebidas, como muy cualificada, declarando lo siguiente:

"La Sala debe señalar que el derecho a ser enjuiciado y a la resolución del caso sin dilaciones indebidas, de acuerdo con el art. 10.2 CE, debe ser interpretado conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos y que, por lo tanto, debe entenderse como indebida la duración de un proceso cuando no resulte razonable (art. 6.1 CEDH). Indudablemente la duración de cinco años no es razonable cuando se trata de un proceso, como el presente, que carece de complejidad, en el que la instrucción ya había sido en lo sustancial realizada en sede administrativa y en el que el imputado reconoce su autoría y no ha tenido una conducta procesal obstruccionista, pues sus impugnaciones constituyen el ejercicio de un derecho procesal. En tales condiciones, sería irrelevante que no hayan sido comprobadas paralizaciones de la causa.

No obstante, en el presente caso, como surge del estudio de la causa realizado por el Ministerio Público, sin perjuicio de otras demoras menores, entre la formulación de la denuncia y la incoación de las diligencias transcurrieron casi seis meses y entre el auto de apertura del juicio oral (5.3.2007) y la remisión de los autos a la Audiencia transcurrieron más de dos años. Por lo tanto, en la medida en la que, por lo menos, la mitad del tiempo de duración de la causa carece de justificación, la apreciación de la atenuante del art. 21.6a CP ha sido correctamente apreciada como muy cualificada."

Por todo ello, entiendo que las dilaciones indebidas producidas en el proceso, por razones jurídicas y de justicia material, han de tener el correspondiente reflejo penológico, debiendo apreciarse la atenuante como muy cualificada, y rebajarse la pena en un grado (artículo 66.1.2a del Código Penal, resultando una pena a imponer de un año y seis meses a tres años -artículo 70.1.2a del Código Penal-), estimando quien suscribe este voto particular que procedería, siguiendo los mismos criterios de individualización adoptados en la sentencia de instancia, la imposición de las penas en su cuantía mínima, esto es, prisión de un año y seis meses, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y multa de doce meses.