



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 676/2014, de 15 de octubre de 2014*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 411/2014*

#### **SUMARIO:**

**Delito contra la ordenación del territorio: excesos en la construcción. Concepto de promotor. Costas. Límites a revisión de sentencia absolutoria.** La distribución de las costas cuando existen varios penados y/o varios delitos admite dos sistemas: reparto por delitos o por acusados. La jurisprudencia se ha decantado por la fórmula basada en una fragmentación de las costas según el número de delitos enjuiciados. Se incluyen como tales los presentes en las conclusiones provisionales. Dentro de cada delito se divide entre los acusados como partícipes de cada uno para declarar de oficio la parte correspondiente a los absueltos y condenar a su respectiva fracción a los condenados. Lo que no se puede de ninguna forma es aplicar cumulativamente los dos sistemas -que es lo que parece haber hecho la Sala de instancia al multiplicar el número de delitos por el número de acusados-. Hay que combinar ambos mecanismos pero no acumulativamente, sino sucesivamente. Siendo incompatible con nuestra casación un trámite de audiencia del acusado o cualquier incidente de reproducción probatoria, la única conclusión viable es que no cabe impugnar por discrepancias probatorias sobre la concurrencia de elementos internos una sentencia de signo absolutorio. En cuanto a los Delitos contra la ordenación del territorio, se contempla en torno a la calificación de los hechos que los excesos considerables en la construcción más allá de lo autorizado por licencia, pueden incardinarse en el art. 319 CP. Se resuelven dos aspectos en torno al sujeto activo de este delito: de un parte se recuerda que el concepto de promotor a los efectos del art. 319 Código Penal, no exige profesionalidad (es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción o como particular); y respecto a la cualidad de promotor, se afirma que, cuando es una persona jurídica, es predicable tal condición del representante por virtud del art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro).

#### **PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 13, 27, 28, 31, 123, 319, 320, 383, 404 y 444.

Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882, arts. 240, 849, 852 y 901.

Constitución española, art. 9.3, 24.2 y 132.2.

Ley 1/2000 (LEC), art. 386.

#### **PONENTE:**

*Don Antonio del Moral García.*

Magistrados:

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE  
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos penden, interpuestos por Eugenio y GEN-GOB (Acusación Popular) , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó al primero como autor de un delito contra la ordenación del territorio, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sres. Sánchez Jauregui Alcaide y Rubio Peláez. Siendo parte recurrida Rebeca , Blas y Candido representados por los Procuradores Sres. Caballero Aguado y González Díez; Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

### **I. ANTECEDENTES**

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Uno de los de Ibiza inició Procedimiento Abreviado con el nº 22/2010, contra Blas , Rebeca , Dionisio , Candido , Eugenio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda) que, con fecha nueve de diciembre de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

<< PRIMERO,- En el marco de una clara oposición social encabezada por el GOB-GEN y de una normativa urbanística, en aquellas fechas, compleja, previo recabar cuantos informes técnicos y jurídicos consideraron necesarios al respecto, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de la que formaban parte los acusados D. Blas (Alcalde) y Da Rebeca (Concejal del Área de Urbanismo), acordó en fecha 25.04.1997 otorgar licencia (expediente NUM000 ) a la entidad BALOO MUSIC S.A., cuyo representante legal es el acusado D. Eugenio , para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la finca rústica DIRECCION000 de Santa Inés, consistente en la edificación de una vivienda con dos piscinas con una superficie construida total de 864,31 m2 para la vivienda y 267,89 m2 para las dos piscinas y con numerosos espacios abiertos apergolados que en aquéllas fechas no computaban como superficie construida, todo ello en la creencia de que, pese a lo dispuesto en los artículos 11 y 16 de la Ley de Espacios Naturales (Ley 1/1991 de 30 de enero), las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley , el más restrictivo PGOU del Ayuntamiento de Sant Antoni y los informes favorables con los que contaban, amparaban técnica y jurídicamente tal concesión.

SEGUNDO. El Proyecto, la ejecución y la dirección de la obra fue encargado por la promotora al Arquitecto D. Candido , quien finalizó su relación laboral con la misma una vez acabadas las obras para las que aquélla licencia fue otorgada, en el mes de febrero del año 2000.

TERCERO. En fecha 11 de mayo de 2000 el Arquitecto Técnico Municipal, D. Dionisio , se desplazó a la obra y pudo comprobar que la misma no se ajustaba estrictamente al proyecto que fue objeto de licencia. Estas diferencias no eran muy significativas y variaban el proyecto



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

inicial en tan solo 4 ó 5 m2, por lo que fueron aprobadas en Comisión de Gobierno celebrada en fecha 25 de mayo de 2000 (expediente NUM001 ).

CUARTO. En fecha 2 de junio de 2000, D. Dionisio emitió certificación de final de obras previo comprobar que las mismas habían sido ejecutadas de acuerdo a los expedientes NUM000 y NUM001 .

QUINTO. - Entre el mes de noviembre del año 2000 y el mes de julio del año 2002, con pleno conocimiento de que lo hacía sin licencia alguna al respecto, el acusado D. Eugenio ordenó a técnicos de su confianza obras de ampliación de la citada construcción, ubicada en terrenos rústicos de especial protección, que consistieron en cerramientos de las zonas descubiertas (hall de entrada, patios, pasillos circundantes...) y ampliación de la zona de los forjados sanitarios (sótano), lo que en definitiva supuso incrementar la construcción que fue autorizada por el Consistorio en un 68,32 %.

CUARTO. (sic) El 11 de febrero del año 2000 el GRUPO BALEAR DE ORNITOLOGÍA Y DEFENSA DE LA NATURALEZA, presentó recurso contencioso administrativo contra el Ayuntamiento de Sant Antoni y contra la entidad BALOO MUSIC S.A. en solicitud, entre otros pronunciamientos, de que se declarase nulo el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de fecha 25 de abril de 1997 de otorgamiento de la licencia NUM000 por haberse infringido lo establecido en los artículos 11.1 y 16 de la LEN, solicitando que en consecuencia, se acordase su revocación ordenando al Ayuntamiento la demolición de las obras y la restauración de la legalidad urbanística infringida.

Por Sentencia de fecha 20 de Noviembre de 2001 el Juzgado Contencioso Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca estimó el recurso interpuesto, declarando nula y dejando sin efecto la licencia concedida en fecha 25 de Abril de 1997 y obligando al Ayuntamiento de Sant Antoni a restaurar la legalidad urbanística infringida, con la demolición de las obras inclusive.

Dicha Sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJIB en Sentencia de fecha 22 de Noviembre de 2002 , resolución en la que por primera vez se interpretó que las normas contenidas en los artículos 11.1º y 16.1º de la LEN eran de aplicación directa, esto es, que no necesitaban de ulterior concreción en normas de desarrollo normativo, como cabía interpretar de la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley.

QUINTO. (sic) A raíz de las citadas resoluciones, con fecha 11 de abril de 2003 el Ministerio Fiscal interpuso denuncia por la posible comisión de un delito contra la ordenación del territorio y contra el medio ambiente que motivó la instrucción de la presente causa, que ha sufrido distintas paralizaciones y retrasos en su tramitación, lo que ha motivado una demora en su terminación de más de tres años>>.

**2.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<< FALLO .- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Blas y a Dª Rebeca del delito de prevaricación urbanística del que venían siendo acusados por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular.

- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Dionisio del delito de falsedad del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Popular.

- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a D. Candido del delito contra la ordenación del territorio del que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Popular.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

- Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a D. Eugenio como autor de un delito contra la ordenación del territorio, a la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN y a la de DOCE MESES DE MULTA a razón de 30 € diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago. Se SUSTITUYE la pena de prisión por la de DOCE MESES DE MULTA a razón de 30 €/día.

Asimismo debemos condenar a D. Eugenio a que en concepto de responsabilidad civil indemnice al Ayuntamiento de Santa Antoni de Portmany en los términos que han quedado reflejados en el Fundamento de Derecho OCTAVO de la presente resolución y al abono de una quinceava parte de las costas del presente procedimiento, incluidas las de la Acusación Popular, declarando de oficio las restantes.

Notifíquese esta resolución a los acusados y demás partes personadas y hágaseles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer recurso de Casación en el plazo de cinco días>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por Eugenio y Gen-Gob (Acusación popular), que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Eugenio .

Motivo primero .- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 por indebida aplicación del art. 319.1 CP .

Motivos aducidos en nombre de Gen-Gob (Acusación Popular).

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 123 CP . Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba. Motivo tercero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 9.3 CE por incongruencia e insuficiente motivación por vulneración del art. 24.1 CE en relación con la absolución de Blas .

4.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos por los recurrentes, impugnando todos los motivos de los recursos; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Vista se celebró la misma el día dos de octubre de dos mil catorce. Con asistencia de los Letrados recurrentes D. Eduardo Clavell González Letrado de la Acusación Popular Gen-Gob que informó sobre los motivos de su recurso; Jaime Roig Riera en defensa de D. Eugenio que informó sobre los motivos de su recurso. El Ministerio Fiscal impugnó todos los recursos. Los Letrados D. Eduardo Valdivia Santandreu en defensa de los recurridos D. Blas y D<sup>a</sup> Rebeca ; y D<sup>a</sup> Ascensión Joaquineta Larrañaga en defensa de D. Candido solicitaron la desestimación de los recursos.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 1.- Recurso de Gen-Gob (Acusación Popular)



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

### **Primero.**

En su primer motivo la acusación popular -cuyas costas han sido incluidas correctamente en la condena de acuerdo con una innovadora jurisprudencia de esta Sala referida a los delitos que tutelan intereses difusos y a las asociaciones creadas en defensa de ellos- exterioriza su disenso en lo atinente a la proporción de costas establecida.

La sentencia limita las costas a la quinceava parte de las causadas.

El razonamiento ciertamente sorprende.

Eran tres delitos y cinco las personas acusadas.

La multiplicación de ambas cifras arroja como resultado quince. Como solo ha sido condenado por un delito uno de los cinco acusados, se concluye de forma poco lógica, que solo deberá abonar una quinceava parte de las costas (fundamento de derecho noveno).

Es palmario el error presente en esa forma de razonar lo que debe llevar a la estimación del motivo, aunque no en su integridad.

Un matiz escapa al sintético pero contundente razonamiento de la entidad impugnante.

La materia de costas suele presentarse como algo secundario, accesorio -y así es-. Es fácil dejarse arrastrar por una sutil inclinación a despreciarla cuando se debate sobre delitos complejos y sus graves consecuencias penales. Cuando los acusados son insolventes -supuesto no inhabitual- o los costes procesales incluibles son moderados, se multiplica esa tendencia a no prestar excesiva atención a esa cuestión. Pero no puede olvidarse que en ocasiones andan en juego cantidades no desdeñables; significadamente si se piensa en los honorarios profesionales de quienes han representado a las acusaciones no públicas.

La distribución de las costas cuando existen varios penados y/o varios delitos (objeto procesal plural objetiva o subjetivamente) admite dos sistemas: reparto por delitos o por acusados.

La jurisprudencia se ha decantado por la fórmula basada en una fragmentación de las costas según el número de delitos enjuiciados (hechos punibles y no calificaciones diferentes). Se incluyen como tales los presentes en las conclusiones provisionales ( STS 1037/2000, de 13 de junio ). Dentro de cada delito se divide entre los acusados como partícipes de cada uno para declarar de oficio la parte correspondiente a los absueltos y condenar a su respectiva fracción a los condenados.

Ha de acudirse a la distribución por delitos -como primer paso- y luego dentro de cada delito a la división entre los partícipes. El sistema inverso -dividir entre el número de acusados, reduciendo luego a su vez la respectiva cuota cuando en alguno de los acusados confluyen condenas por alguno o algunos delitos y absoluciones por otros- arroja resultados menos ponderados.

Lo que no se puede de ninguna forma es aplicar cumulativamente los dos sistemas - que es lo que parece haber hecho la Sala de instancia al multiplicar el número de delitos por el número de acusados-. Hay que combinar ambos mecanismos pero no acumulativamente, sino sucesivamente. La única cuestión que se ha discutido es el orden a seguir.

No son idénticos los resultados si optamos como primer paso por el segundo de los criterios (reparto por cabezas) que si damos prioridad a la distribución por delitos.

La recurrente opta por el sistema de reparto por sujetos: si había cinco acusados y han sido absueltos cuatro de ellos, las costas del único condenado han de ascender a 1/5 del total. Es en este concreto asunto el método más favorable a sus intereses.

Pero no es ese el criterio imperante en la jurisprudencia como se ha dicho. Es más equitativo priorizar la distribución por delitos. No sería justo en una causa seguida, v. gr., por quince delitos distintos (catorce asesinatos atribuidos a un acusado; y un delito de





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

encubrimiento atribuido al co-procesado) que quien solo fue acusado por uno de ellos deba asumir el pago de la mitad de las costas procesales equiparando a estos efectos su posición a la de quien fue condenado por catorce de los delitos enjuiciados.

Por eso esta Sala en las esporádicas ocasiones en que ha de pronunciarse sobre esta cuestión apuesta decididamente por el sistema basado en una fragmentación de las costas según el número de delitos enjuiciados. El reparto "por cabezas" opera después, una vez hechas las porciones correspondientes a cada delito objeto de acusación y excluidas las correspondientes a los delitos por los que se ha absuelto a todos ( arts. 123 CP y 240.1.2º LECrim y SSTS 385/2000, de 14 de marzo , 1936/2002, de 19 de noviembre , 588/2003, de 17 de abril ; ó 2062/2002, de 27 de mayo , entre otras).

No es ese en todo caso un criterio rígido: admite modulaciones compatibles con la amplia fórmula usada por el art. 240 LECrim . No son reglas inflexibles e impermeables a consideraciones no estrictamente aritméticas. El principio general será el del reparto en la forma establecida. Excepcionalmente se pueden introducir correctivos razonando un apartamiento de esas divisiones cuantitativamente exactas para establecer las proporciones en atención al mayor o menor "trabajo" procesal provocado por los diferentes hechos, para asignar a sus responsables unas cuotas diversificadas (vid. SSTS 233/2001, de 16 de febrero o 411/2002, de 8 de marzo ).

No es este un supuesto apto para ese tipo de correctivos que nadie reclama. No se detecta razón de peso para quebrar la regla aritmética.

Si eran tres los delitos por los que se acusaba (prevaricación, falsedad, y urbanístico), y se ha absuelto por dos de ellos, la condena en costas ha de verse reducida a un tercio. Dos tercios (las correspondientes a los dos delitos que se han excluido de la condena) han de declararse de oficio.

Desde ahí hay que realizar una nueva operación atendiendo al número de acusados por el delito objeto de condena. Eran dos acusados: dos personas, pues, de haber sido condenadas, tendrían que asumir esas costas. Habiendo sido absuelta una de ellas, el único condenado habrá de cargar solamente con la mitad de ese tercio. La otra mitad ha de declararse de oficio.

La mitad de un tercio es una sexta parte.

La condena en costas ha de incluir una sexta parte de las causadas (y no una quinta parte como pretende el recurrente).

### **Segundo.**

Los motivos segundo y tercero merecen un abordaje conjunto. Ambos luchan infructuosamente por sortear las dificultades para revisar en casación un pronunciamiento absolutorio por razones probatorias. Lo intentan por dos vías distintas: el art. 849.2º (error en la apreciación de la prueba basado en documentos) y el art. 852 LECrim (prohibición de la arbitrariedad y exigencia de motivación racional). Se quiere mutar la absolución del acusado Blas en una condena por el delito del que venía siendo acusado: prevaricación urbanística del art. 320 CP .

Los hechos probados de la sentencia dicen a este respecto:

"En el marco de una clara oposición social encabezada por el GOB-GEN y de una normativa urbanística, en aquellas fechas, compleja, previo recabar cuantos informes técnicos y jurídicos consideraron necesarios al respecto, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Sant Antoni de Portmany, de la que formaban parte los acusados D. Blas (Alcalde) y Dª Rebeca (Concejal del Área de Urbanismo), acordó en fecha 25.04.1997 otorgar licencia



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

(expediente NUM000 ) a la entidad BALOO MUSIC S.A., cuyo representante legal es el acusado D. Eugenio , para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la finca rústica DIRECCION000 de Santa Inés, consistente en la edificación de una vivienda con dos piscinas con una superficie construida total de 864,31 m2 para la vivienda y 267,89 m2 para las dos piscinas y con numerosos espacios abiertos apergolados que en aquéllas fechas no computaban como superficie construida, todo ello en la creencia de que, pese a lo dispuesto en los artículos 11 y 16 de la Ley de Espacios Naturales (Ley 1/1991 de 30 de enero), las previsiones contenidas en la Disposición Transitoria Primera de dicha Ley , el más restrictivo PGOU del Ayuntamiento de Sant Antoni y los informes favorables con los que contaban, amparaban técnica y jurídicamente tal concesión.

Más adelante se especifica que la licencia fue anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los fundamentos de derecho se justifica por qué la Audiencia entendió que el acusado, ahora recurrido, actuaba en la creencia de que la licencia se ajustaba a la legalidad:

"No basta, pues, con que se haya producido una ilegalidad administrativa, incluso aunque esa ilegalidad sea tan grave como la que se ha producido en el supuesto que nos ocupa y que ha determinado que la jurisdicción contenciosa haya concluido la nulidad de pleno derecho de licencia de obras que fue concedida por los acusados en Comisión de Gobierno. Para que su acción pueda ser calificada como delictiva, como prevaricadora, hubiera sido preciso que quedara acreditado en este procedimiento que la concesión de la licencia, además de ilegal, fue injusta y arbitraria, esto es, que el acuerdo de concesión de la licencia fue adoptado utilizando arbitrariamente el ejercicio del poder público -como proscribía el artículo 9.3 de la Constitución - a sabiendas de la injusticia de su resolución, con el pleno conocimiento de estar actuando antijurídicamente e imponiendo así los acusados su voluntad particular por encima de los intereses generales y todo ello no ha quedado evidenciado con la prueba practicada en el acto del juicio oral.

Así, en sus respectivas declaraciones, los Sres Blas y Rebeca relataron el proceso que les condujo a conceder la licencia de obras en el año 1997 a la entidad BALOO MUSIC, pese a que la construcción proyectada se situaba en una zona ANEI, en uno de los puntos más elevados de la finca rústica DIRECCION000 de Santa Inés, abrazando una pequeña colina y causando un evidente impacto paisajístico al estar situada en una prominencia del terreno, explicando que, en aquellas fechas, aún cuando eran conocedores de lo dispuesto en los artículos 11 y 16 de la Ley 1/1991 de Espacios naturales, lo cierto es que existía una confusión en cuanto a cuál era la normativa aplicable al caso, confusión que en cierta manera venía provocada por la propia Disposición Transitoria Primera de dicha Ley , de la que cabía interpretar que los mencionados artículos 11 y 16 necesitaban de un desarrollo normativo posterior, que definiera o concretara qué se entendía exactamente por 'cima' o por 'prominencia del terreno' y que, mientras tanto, era de aplicación el PGOU del propio Ayuntamiento por ser la norma urbanística más restrictiva, señalando que en lugar de estar a los conceptos que creían imprecisos de cima o prominencia, se sujetaban al concepto urbanístico de 'cota'.

También explicaron cómo en aquellos momentos, hace 16 años, desconocían que el Ayuntamiento fuera el competente para determinar el lugar de ubicación de la construcción, entendiendo que los informes favorables del Técnico Municipal y de la Comisión Insular de Urbanismo -que se solicitaban en todos los supuestos de concesión de licencias de obras- eran vinculantes para el Ayuntamiento al objeto de conceder dichas licencias y de autorizar el lugar de emplazamiento de la futura construcción. Por ello, ante las denuncias del GEN y ante la presión social y mediática que generó el proyecto del Sr. Eugenio , existiendo, en suma, dudas sobre la viabilidad del proyecto, optaron no tan sólo con contentarse con los informes



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

favorables antes mencionados, sino que con remisión de todo el proyecto, solicitaron varios informes tanto a la CIU como al Gonsell Insular de Eivissa i Formentera para que éstos, como órganos asesores jurídicos del Ayuntamiento, les dijeran si, en definitiva, la totalidad del proyecto "se ajustaba a la legalidad vigente" entendiéndose que con ello obtendrían una respuesta clara y definitiva sobre si podían autorizar o no la licencia para la construcción en la ubicación que se determinaba en la memoria. Acudían al Consell Insular como órgano consultivo en materia jurídica porque su Ayuntamiento no disponía de servicios jurídicos y en aquellos momentos tenían un Secretario no titulado.

Señalaron que, como todos los informes que recabaron (Aparejador Municipal -folio 304 bis- y los de la Asesoría Jurídica y de los Servicios Técnicos del Consell Insular -folios 244 y ss-) fueron favorables, concedieron la licencia, igual que hacían con el resto de los proyectos que se presentaban, recalcando que en el presente caso el plazo de concesión de la licencia fue mucho mayor de lo normal, por la cantidad de informes que tuvieron que solicitar.

Tanto D. Blas, como D<sup>a</sup> Rebeca negaron cualquier tipo de arbitrariedad en la concesión de la licencia al Proyecto de edificación del Sr. Eugenio al que apenas conocían (el Sr. Blas de un encuentro ocasional y la Sra. Rebeca lo conoció la misma mañana del juicio).

El Sr. Blas significó que la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento era una comisión reglada y que las decisiones se tomaron colegiadamente durante los 16 años que duró su mandato como Alcalde de Sant Antoni "todo estaba reglado, si había informes favorables se concedían las licencias, si no los había, no. A posteriori supe que la licencia que concedimos no fue correcta, pero cuando lo acordamos no éramos conscientes de que teníamos algún tipo de discrecionalidad, por eso tampoco la hubo respecto del lugar de emplazamiento de la construcción. En aquellos momentos teníamos muy presente el reciente 'caso Formentera' en el que el Ayuntamiento fue condenado por no otorgar la licencia a un camping pese a tener todos los informes favorables. En el uso del derecho a la última palabra, significó que se concedió la licencia de obras con la absoluta creencia de que se hacía con todas las garantías legales, lamentando profundamente que todo este asunto haya derivado en perjuicios económicos para el Ayuntamiento que presidió durante tanto tiempo, manifestando que desde que durante mucho tiempo se ha estado preguntando qué más tendrían que haber hecho para acertar en la concesión de esta licencia, pues tenían todos los informes favorables de Urbanismo y de los asesores jurídicos, a los que siempre se sometió para evitar cometer alguna "alcaldada".

Dichas manifestaciones fueron confirmadas por D<sup>a</sup> Rebeca quien manifestó que remitían las cuestiones que se les planteaban a quien supiera, para que lo pudiera aclarar e interrogada por la acusación popular sobre si concretamente solicitaron algún informe sobre si se podía construir en una cima manifestó "¿qué más concreto que pedir si el proyecto se ajusta a la legalidad vigente?... Nosotros le decíamos al Secretario que redactara un escrito que nos sacara de dudas". Al final de la vista manifestó que, si hubiera tenido tan sólo un informe en contra jamás se hubiera concedido la licencia, pues ningún interés particular tenía en concederla.

Las declaraciones del resto de los acusados, de los testigos y peritos que depusieron en el acto del juicio y la documental obrante en las actuaciones, corroboran lo manifestado por los Sres. Blas y Rebeca:

El Arquitecto municipal Sr. Dionisio, manifestó que redactó el informe previo sobre el expediente NUM000 y que lo remitió a la Junta de Gobierno antes del otorgamiento de la licencia, sin desplazarse al lugar de la construcción, pues dicho informe se realiza sobre el proyecto que se presenta. El informe que obra al folio 304 bis de las actuaciones, y al que se adjuntan los informes emitidos por la Asesoría Jurídica el Consell Insular y los Servicios





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Técnicos de dicho órgano, concluye "A la vista de todo lo anteriormente expuesto, considero, a mi leal saber y entender y sin perjuicio del criterio de la superioridad, que el proyecto presentado cumple la normativa que le es de aplicación, y elevo el presente informe, junto con la documentación aportada, a la consideración de la Comisión".

Don. Eugenio dijo que antes de presentar el Proyecto habló con su abogado para que estudiara la viabilidad legal del Proyecto.

El Arquitecto Sr. Candido aludió también en su declaración a la confusión normativa que existía en el momento de otorgarse la licencia y que los términos 'cima' y 'prominencia' son conceptos urbanísticos que aún en la actualidad no aparecen claros, menos aún en la época en que se concedió la licencia. Manifestó que para la redacción de su Proyecto aplicó el PGOU por considerarlo incluso más restrictivo que la LEN, llegando a manifestar que ante las dudas que suscitaba el proyecto le preguntó a la máxima autoridad de Ibiza sobre cimas y promontorios, la Sra. Sánchez Jáuregui, que le comentó que la LEN no era clara ni concreta y que eran indicaciones para planes especiales en su desarrollo, planes que en Ibiza nunca han llegado a redactarse.

Por su parte, los testigos Sres Covadonga , Saturnino y Alberto Concejales y componentes de la Comisión de Gobierno que aprobó la licencia, explicaron la forma en que se celebraban de ordinario dichas Comisiones: cada Concejal llevaba los trabajos de su respectiva área con los informes de los técnicos y si estos eran favorables los aprobaban. Respecto de la licencia litigiosa todos ellos recordaban la presión social y mediática que existía acerca del proyecto, significando que el tema no se llevó de una forma más personal por parte de los acusados, sino que se debatía en las Comisiones como se hacía con el resto de licencias, corroborando que, en este caso, como salía en la prensa y había denuncias del GEN, hicieron muchas consultas. Todos ellos recordaron que tenían presente el tema del Camping de Formentera y que había rumores de que el abogado del Sr. Eugenio quería interponer una querrela por prevaricación contra la Comisión de Gobierno por no conceder la licencia pese a estar informada favorablemente por el técnico municipal y por el Consell.

En el mismo sentido testificó D. Benito , Concejal del grupo de la oposición del Ayuntamiento entre los años 1995 y 1999 y además, miembro de la Comisión de Urbanismo. Dicho testigo dijo que desde el primer momento tuvo un conocimiento total del tema y que tanto a nivel particular como en los plenos advirtió que le parecía ilegal el lugar donde se hacía la casa del Sr. Eugenio . A pesar de ello, manifestó que entonces las cosas no se hacían con el cuidado con el que se hacen ahora, reconoció que vio algunos informes del Consell pero que nunca fue al Departamento de Obras a ver los documentos que había sobre el "tema Eugenio ", tema que, según dijo, jamás provocó ninguna discusión fuerte en el Ayuntamiento. Textualmente manifestó "ahora las cosas se ven con más claridad que antes. En aquella época había un gran confusionismo legislativo en materia urbanística, había un caos legislativo. Si no actuabas te podía perjudicar y si actuabas también. A partir de este asunto todo se hace con más cuidado".

Desiderio , socio del Arquitecto Sr. Candido , manifestó que al hacerse cargo su despacho del Proyecto encargaron un informe jurídico económico al Bufete Blasco de Barcelona (folio 266-bis y ss) para que diera luz sobre la normativa aplicable, informe que consta en las actuaciones y que concluye que debe ser el PGOU de Sant Antoni, pero sin mencionar nada respecto del tema de la ubicación de la construcción en una cima o promontorio.

Bien es cierto que las Arquitectas técnicas del Consell Insular Alejandra y Da Angelina manifestaron que los informes de la CIU sólo tenían por objeto informar si la nueva construcción formaba núcleo de población, correspondiendo al Ayuntamiento determinar la concreta ubicación de la construcción, pues ellos no miraban la cota ni informaban sobre ello,



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

pero el conjunto de la prueba practicada no permite tener por acreditado tal extremo. Así, los recortes periodísticos que aparecen a los folios 1478 y ss de las actuaciones (en especial las noticias que aparecen a los folios 1489, 1491 y 1492) y también la testifical prestada por D. Guillermo, periodista del Diario de Ibiza, indican que los organismos del Consell de los que el Ayuntamiento recabó ayuda para que le informara sobre si la licencia solicitada por la entidad BALOO MUSIC SA se ajustaba o no a la legalidad vigente (p.ej. folio 299), eran plenos concededores, tanto de las denuncias presentadas por el GEN (a pesar de lo manifestado por Da Covadonga) como de cuál era la problemática urbanística que rodeaba al citado Proyecto y, pese a las insistentes peticiones del Ayuntamiento de Santa Antoni al respecto, ninguna luz aportaron al respecto, antes al contrario como se desprende de la mera lectura del informe jurídico elaborado por la Jefa de los Servicios Jurídicos del Consell Insular de Eivissa i Formentera en fecha 18 de julio de 1996 y que obra la folio 245 y ss en contestación al oficio remitido por el Ayuntamiento en fecha 22 de abril de 1996. En definitiva, creemos que de todo lo anterior, cabe concluir que D. Blas y Da Rebeca no actuaron con arbitrariedad alguna a la hora de conceder la licencia de obras en el expediente NUM000, que no la otorgaron "a sabiendas" de su ilegalidad pues contaron con informes técnicos y jurídicos favorables al respecto, existiendo en realidad un problema de interpretación normativa respecto de la LEN que quedó definitivamente zanjado tras el dictado por la Sala de lo Contencioso de este TSJIB de la Sentencia de fecha 22.11.2002 que estableció que los artículos 11.1º y 16.1 de la LEN eran de "aplicación directa" por lo que no necesitaban de posterior desarrollo en los respectivos Planes de Ordenación de los Ayuntamientos o Normas Subsidiarias o Complementarias, por lo que creemos que su actuación quedó reducida a una mera ilegalidad que ya ha sido depurada en vía correspondiente.

Este parecer viene reforzado por el hecho objetivo de que la denuncia penal no se interpuso hasta el dictado de las Sentencias en el orden contencioso, lo que evidencia que, ni para el Ministerio Fiscal ni para la Acusación Popular existía al tiempo de los hechos una plena conciencia de que se estaba cometiendo un delito con la concesión de la tan mencionada licencia".

La extensa transcripción viene justificada por la necesidad de dejar nítidamente claro que la estimación de la Sala de instancia de que el acusado actuaba con la convicción de que la licencia no solo se ajustaba a la legalidad, sino que además era de obligada concesión (vid. STS de 10 de enero de 1996 a la que parece referirse el recurrente en sus declaraciones) está razonada y se basa no exclusivamente en medios de prueba documentales, sino también en pruebas inequívocamente personales: junto a la declaración de los acusados, la de otros testigos.

### **Tercero.**

Desde esa realidad procesal hay que remontarse ahora a los principios para converger con la doctrina del TEDH sobre las limitaciones a la revisión en vía de recurso de sentencias absolutorias.

No ha pasado desapercibida a la entidad recurrente esa dificultad. De hecho comienza su recurso con un alegato preliminar resaltando que es consciente de esa objeción y evocando algunas opiniones vertidas en un marco público de debate dirigido por una prestigiosa Magistrado para apoyar su pretensión.

Pero, como se va a tratar de justificar, es inconciliable su solicitud con el respeto a los criterios emanados de Estrasburgo ya acogidos plenamente en nuestra jurisprudencia. Una muy completa exposición de ese panorama jurisprudencial se recoge en el bien trabajado

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

escrito de impugnación de la defensa recurrida. Hay que recordarlo otra vez en sus hitos esenciales y líneas generales.

Hace años que gotean sentencias del TEDH condenando a España por consentir pronunciamientos penales condenatorios a raíz de recursos contra una sentencia absolutoria por cuestiones de orden probatorio.

El TC recepcionó esa doctrina en su sentencia 167/2002, de 18 de septiembre . El criterio se ha reiterado en numerosas ocasiones (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , hasta las 80/2013 o 120/2013 : más de un centenar) aunque con ciertos zigzagueos en cuanto a la extensión y alcance de la doctrina y los supuestos excluidos.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso Ekbatani contra Suecia ( STEDH de 26 de mayo de 1988 ) que también cita la defensa. Luego vendrían tres SS TEDH con idéntica fecha: 29 de octubre de 1991 (caso Helmers contra Suecia , caso Jan-Ake Anderson contra Suecia y caso Fejde contra Suecia ). Dicha doctrina fue consolidada en pronunciamientos posteriores: STEDH de 8 de febrero de 2000 (caso Cooke contra Austria y caso Stefanelli contra San Marino ); STEDH 27 de junio de 2000 (caso Constantinescu contra Rumanía ) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso Tierce y otros contra San Marino ) .

En una primera etapa (2002 a 2011) el TC mantuvo al margen de esa doctrina las inferencias sobre elementos internos. La STC 328/2006, de 20 de noviembre , daba por buena la condena dictada por el Tribunal Supremo después de casar la sentencia absolutoria de instancia, con la base de lo que el Tribunal de casación consideraba una equivocada inferencia. La STC 2/2010, de 11 de enero insistía en argumentos semejantes aunque analizando una sentencia de apelación. En materia de casación reprodujeron ese entendimiento las SSTC 60/2008, de 26 de mayo , y 124/2008, de 20 de octubre .

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2012 estableció "oficialmente" la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Operar de otra manera contradecía la doctrina de Estrasburgo.

A partir de 2011 han llegado nuevas condenas en el TEDH de España que han supuesto el adiós definitivo a la posibilidad de revisar sentencias absolutorias en casación por razones de tipo fáctico. Ya se incluyen sin discusión las inferencias sobre elementos internos en el campo de lo fáctico.

La STEDH de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España , recordaba varios precedentes referidos también a España ( sentencias Bazo González , de 16 de diciembre de 2008; asunto Igual Coll contra España , de 10 de marzo de 2009 ; Marcos Barrios contra España , de 21 de septiembre de 2010 ; y García Hernández contra España , de 16 de noviembre de 2010 ). Es imprescindible una audiencia pública con presencia del acusado siempre que en vía de recurso se produce una revaloración de los hechos probados para afirmar por primera vez la culpabilidad del acusado. El TEDH hace notar que la Audiencia Provincial al revisar el pronunciamiento absolutorio del juzgado de lo penal no se limitaba a hacer una nueva valoración de criterios de naturaleza puramente jurídica, sino que se pronunciaba sobre una cuestión de hecho , a saber: la intencionalidad . Para el TEDH la apreciación de un elemento subjetivo encierra incuestionablemente un componente fáctico.

La STEDH de 13 de diciembre de 2011 -asunto Valbuena Redondo - condenaba otra vez a España. Se habían enjuiciado delitos contra la Hacienda Pública. La absolución había sido revocada por la Audiencia Provincial que consideró probado en contra del criterio del Juez a quo, el ánimo defraudatorio basándose en la prueba documental y pericial. El TEDH remarca la tesis de que la percepción de ánimo de defraudar no es ajena a la cuestión de hecho.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Las SSTEDH de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero (cuyo precedente era la citada STC 328/2006, de 20 de noviembre ), de 20 de marzo de 2012, (caso Serrano Contreras) y de 27 de noviembre de 2012 (caso Vilanova Goterris y Llop García) examinan condenas recaídas en casación. Y lo hacen, como era pronosticable, aplicando los criterios consagrados: tampoco puede llegarse a una primera sentencia condenatoria al conocer de la casación contra el pronunciamiento absolutorio, ni siquiera con el expediente de reconducir las inferencias sobre elementos subjetivos al ámbito de la cuestión jurídica.

#### **Cuarto.**

El convencimiento por parte del acusado de la legalidad de la licencia es una cuestión de hecho; un hecho interno, si se quiere, pero hecho en definitiva. No escapa a esa regla asumida -no podía ser de otra forma- por esta Sala (entre otras, STS 278/2014, de 2 de abril ).

Las inferencias sobre elementos internos, (dolo, conocimiento de una determinada circunstancia, ánimo de matar, ánimo de difusión de la droga ocupada) forman parte del juicio histórico y no del juicio jurídico. La doctrina más tradicional consideraba tales deducciones revisables en casación a través del motivo por infracción de ley que recoge el número 1º del art. 849 LECrim . Ese criterio comportaba efectos benéficos en un marco procesal en que el margen de valoración de la actividad probatoria por parte del TS era muy angosto. Desde que se abrió en los albores del vigente régimen constitucional la posibilidad de debatir en casación el derecho a la presunción de inocencia perdió esa doctrina buena parte de su funcionalidad, por más que haya pervivido hasta fechas cercanas.

Las intenciones, el conocimiento de una circunstancia o realidad, los elementos internos, las creencias, ... son hechos, aunque hayan de fijarse normalmente (salvo confesión) por prueba indiciaria o indirecta. A eso llamamos inferencias: a la deducción de intenciones a través de prueba indirecta o indiciaria. Pertenecen a la quaestio facti. Franqueadas las puertas de la casación al control de la prueba indiciaria a través de la presunción de inocencia y las reglas del art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , se canceló la utilidad que pudo tener en su día esa doctrina del TS (inferencias revisables por el cauce del art. 849.1º LECrim que, además, permitía revisarlas también en contra del reo y no solo vía presunción de inocencia). En la actualidad esa añeja construcción se presenta como inconciliable con las pautas marcadas desde el TEDH e implementadas en nuestro ordenamiento paulatinamente. Los elementos internos están dentro de la cuestión fáctica. El acuerdo de 19 de diciembre de 2012 de esta Sala es aplicable también a esta materia de la "intencionalidad" o de la convicción o conocimiento equivocado con el que pueda actuar un persona ( STC 205/2013, de 5 de diciembre ).

Esa creencia en sí es un elemento fáctico. Su valoración queda fuera de la capacidad de revisión del Tribunal superior. Cuestión diferente sería dilucidar si determinada actitud (por ejemplo, indiferencia frente al resultado, capacidad de salir del error...), que ha de ser descrita por el órgano que percibe la prueba directamente, pudiera ser catalogada o no, v.gr., como dolo eventual o como error "evitable" o "invencible". Ahí ya nos adentraríamos en el territorio de la valoración jurídica, debatible con toda amplitud en vía de recurso.

No es este el supuesto. La STC 88/2013 proclama claramente que entre las cuestiones que exigen un nuevo pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del acusado está la apreciación de la concurrencia de elementos internos (en idéntica dirección, SSTC 170/2009, de 9 de julio ; 184/2009, de 7 de septiembre ; 214/2009, de 30 de noviembre ; 30/2010, de 17 de mayo ; 127/2010, de 29 de noviembre ; 46/2011, de 11 de abril ; 135/2011, de 12 de septiembre ; 126/2012, de 18 de junio y 144/2012, de 2 de julio y SSTEDH de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España ó de 22 de octubre de 2013 -caso Naranjo Acevedo c.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

España-, Vilanova Goterris de 27 de noviembre de 2012 , Román Zurdo de 8 de octubre de 2013 Nieto Macero , Sainz Casla de 12 de noviembre de 2013 ). Solo oyendo directamente al acusado explicar por qué creía eso, y contrastando la prueba testifical que abona ese alegato, un tribunal está en condiciones según el TEDH de descalificar esas apreciaciones y dictar un pronunciamiento de culpabilidad.

Siendo incompatible con nuestra casación un trámite de audiencia del acusado o cualquier incidente de reproducción probatoria, la única conclusión viable es que no cabe impugnar por discrepancias probatorias sobre la concurrencia de elementos internos una sentencia de signo absolutorio. Eso justamente es lo que intenta aquí la acusación popular de forma tan meritoria como infructuosa. No podemos variar in peius ese inciso de los hechos probados que refleja un elemento interno: el acusado actuaba en la creencia de la legalidad de la licencia.

#### **Quinto.**

Es esto ya doctrina bien consolidada en esta Sala. Hagámonos eco de algunos precedentes cercanos.

La STS 122/2014, de 24 de febrero contiene una completa exposición:

" Como señalan las recientes SSTS 517/2013, de 17 de junio y 1014/2013, de 12 de diciembre , interesándose por la parte recurrente (en este caso la acusación particular) la condena de quien ha resultado absuelto en la sentencia de instancia, se hace necesario precisar el ámbito de revisión del que dispone esta Sala en casación, atendiendo, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado.

Y atendiendo, en segundo lugar, a que esta Sala se ha pronunciado en contra de dicha audiencia personal, por estimarla incompatible con la naturaleza del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que " La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Ley" , STS 400/2013, de 16 de mayo ) ...

...En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013 , " se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero )", insistiendo en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre )".

Y, en definitiva, se considera en esta resolución, " vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE .) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad .....

En dicha sentencia ( STC Pleno, núm. 88/2013, de 11 de abril ) se aprecia que la razón que justifica finalmente la concesión del amparo, consiste precisamente en que para la revisión de la corrección de la apreciación del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, el Tribunal de apelación no se basó exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, sino que acudió a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado a estos efectos.

Así señala la STC 88/2013, de 11 de abril , que " la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante .

Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías ( art. 24.2 CE )".

La STS 278/2014, de 2 de abril contiene precisiones de interés en cuanto a la necesidad de distinguir las cuestiones fácticas subjetivas del debate jurídico sobre los perfiles del dolo o la culpa, y por ende, también el encaje penal de la ignorancia deliberada a la que se acogerá la acusación en su segundo motivo.

"...Del mismo modo, y con carácter terminante, "...también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 o 2/2013, de 14 de enero , FJ 6)".

Desde la perspectiva del derecho de defensa, se señala en esta sentencia la necesidad de proceder a la audiencia del acusado cuando se rectifican en su perjuicio los hechos declarados probados en la instancia, argumentando que "...en aquellos casos en los que se condena en segunda instancia, revocando una previa absolución, o se agravan sus consecuencias, debe igualmente atenderse a la eventual exigencia de la audiencia personal del acusado como garantía específica vinculada al derecho de defensa ( art. 24.2 CE ).

A partir de ello, este Tribunal ha concretado que la exigencia de presencia del acusado en el juicio de segunda instancia se produce en los supuestos en que se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, habida cuenta de que su



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

objeto es posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Por tanto, sólo si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público..."

En definitiva, conforme a la consolidada doctrina expuesta, cuando el tribunal de instancia haya establecido los hechos probados, tanto objetivos como subjetivos, sobre la base, en todo o en parte, de pruebas personales, la rectificación de aquellos para dictar una sentencia condenatoria sobre un nuevo relato fáctico, requiere una audiencia pública en la que se pueda oír al acusado que niega la comisión del hecho imputado y en la que se practiquen las pruebas personales que han de ser valoradas.

Incluso cuando la rectificación de los hechos, objetivos o subjetivos, se base en pruebas de otra clase o en razonamientos realizados sin necesidad de alterar las bases probatorias valoradas en la instancia, el derecho de defensa exige que el acusado pueda ser oído directamente por el Tribunal que resuelve el recurso ...

2. De todo lo que se acaba de decir se desprende que si bien al tribunal de instancia le corresponde fijar los hechos, y que la rectificación de éstos, tanto objetivos como subjetivos, debe ajustarse a las limitaciones que resultan de la doctrina expuesta, la precisión de cuáles son las consecuencias jurídicas que cabe extraer de los hechos declarados probados puede ser rectificada en vía de recurso, siempre que no se alteren los hechos probados o se realicen reconsideraciones fácticas sobre los mismos.

En relación a la apreciación de la concurrencia de dolo, es cierto que la intención es un hecho de naturaleza subjetiva. Pero un hecho, en cualquier caso. Cuando se trata de dolo directo en delitos de resultado, la intención es indisociable de aquel, de manera que la negación de su existencia (o de su prueba) en la instancia impide apreciarlo en vía de recurso sin que el tribunal presencie directamente las pruebas personales necesarias para ello y sin dar al acusado la ocasión de ser oído, pues sería preciso rectificar un hecho.

Cuando se trata de dolo eventual, basta para su apreciación el conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado, creado por la conducta del sujeto, para el bien jurídico protegido, con alta probabilidad de un determinado resultado, seguido de la aceptación de éste. Este elemento volitivo del dolo resulta generalmente de la ejecución de la conducta a pesar de todo. Pues, conociendo el sujeto la alta probabilidad del resultado, se entiende, acudiendo a máximas de experiencia, que la ejecución implica aceptación o al menos indiferencia respecto del mismo, cualquiera de ellas suficiente para el dolo eventual"...

...en la STEDH, caso Naranjo Acevedo contra España, de 22 de Octubre de 2013 , la demanda contra el Estado español presentada por el entonces recurrente considerando que no ha habido violación del artículo 6.1 del CEDH . Se dice en esa sentencia que "...los aspectos que el Tribunal Superior de Justicia ha debido analizar para pronunciarse sobre la culpabilidad del demandante tenían un carácter jurídico predominante. Por ello, la sentencia se ha limitado a interpretar de manera diferente la noción de "dolo eventual" en el marco de un delito de robo con violencia y uso de armas de fuego. En efecto, mientras que la Audiencia había considerado que un delito tal no conllevaba obligatoriamente el riesgo de resultado de muerte y que, en consecuencia, debía existir un acuerdo previo de los autores del delito al respecto, el Tribunal Superior hizo notar que tal eventualidad debía ser obligatoriamente contemplada a partir del momento en que unas armas de fuego eran utilizadas", destacando más adelante que "...los aspectos analizados por el Tribunal Superior de Justicia, tenían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia, hayan sido modificados (ver mutatis mutandis, Bazo González anteriormente citado, § 36. Del mismo modo el TEDH



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

consideró que no era necesario oír al acusado en la vista pública, siendo suficiente que sus argumentos hubieran podido ser expuestos por su abogado".

#### **Sexto.**

Como se expresó ya, el recurrente intenta abrir un orificio en esa pétrea doctrina por dos caminos.

Por una parte en el motivo segundo se adentra por la senda del error facti invocando una pluralidad de elementos documentales y entre ellos algunos preceptos normativos (¡!).

Entre los primeros se aducen algunos informes. Vendrían a demostrar que la creencia del acusado era equivocada pero no la inexistencia de esa creencia, de ese erróneo entendimiento de la legalidad de la licencia. De los documentos enarbolados no puede derivarse nada sobre el conocimiento del acusado. Podremos concluir que su creencia era más o menos fundada. Incluso que era muy infundada (lo que desde luego no puede derivarse tan palmariamente cuando existen informes de técnicos que sostenían lo contrario). Pero no podremos concluir que no existía esa creencia. No son documentos que demuestran el error del Tribunal.

La indiscriminada mención de otros dispersos documentos carentes de autarquía demostrativa, y blandidos como mera excusa para reabrir el debate sobre la concurrencia de la conciencia de vulnerar la legalidad tampoco es técnica casacionalmente admisible. Como apunta certeramente la defensa no es viable esa "masiva" designación de documentos.

En otro orden de cosas invocar como documento a los efectos del art. 849.2 unos textos normativos supone confundir dos planos. Decir que el Tribunal se ha equivocado al interpretar una norma es tanto como articular un motivo por infracción del ley del art. 849.1º. Lo que no se puede sostener es que ese error en la apreciación ( rectius, interpretación) de un texto legal sea un error de hecho (¡!).

En efecto, el recurrente invoca como documentos la Disposición Transitoria 1ª (en relación con los arts. 11 y 16) de la LEN. Explica por qué la interpretación que efectuaba el acusado no era asumible. Ya se ve que ese tipo de argumento se acomoda mejor al art. 849.1º. De hecho en el acto de la vista de casación la entidad recurrente insinuó algo a ese respecto; lo que fue objeto de réplica por el letrado de la defensa: no cabría modificar sorpresivamente los motivos de casación en el acto de la vista; sería una suerte de mutatio libellis en fase de recurso prohibida por afectar a la exigible unidad de alegaciones, al principio de contradicción y a la buena fe procesal.

No es así propiamente: el recurrente admitió una matización en el etiquetaje más correcto para ese motivo (849.1 en lugar de 849.2º), pero no modificó en nada su discurso argumental que es el que figura en su escrito de interposición ratificado al contestar las impugnaciones de Fiscal y defensa.

Pero tampoco estamos propiamente ante un error de derecho: la Sala de instancia no yerra al interpretar esas normas legales. Da por correcta la interpretación acogida por la jurisdicción contencioso administrativa de tal Comunidad generada precisamente con motivo de este asunto. No la discute, no se aparta de ella lo más mínimo. Por eso tampoco existe discrepancia alguna con la sentencia que anuló la licencia. No discute la Audiencia Provincial ni su contenido ni el criterio proferido.

El motivo de la absolución es distinto. La Sala ha llegado a la certeza de que el acusado al aprobar la licencia actuaba convencido de ajustarse a la ley, aunque no fuese así; aunque esa creencia fuese errónea.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Eso nos llevaría hipotéticamente a preguntarnos si esa actuación ilegal bajo una creencia errónea (que no llega al estadio de la ignorancia deliberada: se pidieron informes) puede ser punible conforme al art. 13 CP .

La Sala de instancia no se lo plantea. Hace bien porque es palmario que la prevaricación de funcionario público es incompatible con una situación de error tanto vencible como invencible. El tipo penal -tanto en la modalidad genérica, art. 404, como en la específica en materia de ordenación urbanística -art. 320- exige actuar a sabiendas lo que expulsa del derecho penal los casos de error. Y eso con independencia de que calificásemos el error como de tipo o de prohibición. La modalidad de prevaricación imprudente solo está tipificada en relación al juez o magistrado ( art. 444 CP ).

El motivo es improsperable.

#### **Séptimo.**

El tercero de los motivos tiene unas pretensiones más modestas: consciente de las objetivas dificultades para obtener un pronunciamiento condenatorio en casación, se contenta ahora la asociación recurrente con reclamar la anulación para que se dicte una nueva sentencia considerando que la valoración de la Sala de instancia sobre ese elemento interno ha sido arbitraria y no concuerda bien con la prueba practicada.

Muchos de los argumentos planteados ya han sido rebatidos. Pero el desmentido más rotundo de este alegato es la lectura del fundamento jurídico de la sentencia que se ha transcrito anteriormente. Podrá discreparse de tal razonamiento, sólido y bien expuesto. Pero, es una "arbitrariedad" catalogarlo de "arbitrario" o "ilógico".

No es posible tampoco la estimación de este motivo.

II.- Recurso de Eugenio .

#### **Octavo.**

El condenado reclama contra la condena por razones probatorias (presunción de inocencia: motivo primero de su recurso) y por razones de derecho penal sustantivo (motivo segundo que se basa en el art. 849.1º LECrim )

Los dos motivos van a ser desestimados.

En el primero se vierte un extenso discurso que desborda los linderos de un alegato por presunción de inocencia. La entronización del derecho fundamental a la presunción de inocencia como motivo de casación no muta la naturaleza extraordinaria de ese recurso ni franquea las puertas para una indiscriminada "revaloración" de la actividad probatoria a espaldas del principio de inmediación. De la tarea de valoración de la prueba es depositario el Tribunal de Instancia.

El derecho a la presunción de inocencia encierra la prohibición constitucional de ser condenado sin que se hayan realizado pruebas i) de cargo, ii) válidas, iii) revestidas de las necesarias garantías, iv) referidas a todos los elementos esenciales del delito, y v) de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. No impone ese derecho la exigencia de que esas pruebas sean aptas para convencer de la culpabilidad a todo observador imparcial externo. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo ( SSTC 68/2010, de 18 de octubre Fundamento Jurídico Cuarto ; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto -, 111/2011, de 4 de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

julio -Fundamento Jurídico Sexto a )-, o 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-).

El control en vía de recurso sobre el respeto a la presunción de inocencia exige:

i) depurar el material probatorio para expulsar de él la prueba ilícita o no utilizable por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles (contradicción, publicidad);

ii) a continuación, valorar el material restante comprobando si en abstracto era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción exenta de toda duda sobre la culpabilidad; y,

iii) finalmente, testar si, en concreto, esa convicción está motivada de forma lógica.

El salto que se da en numerosos pasajes del recurso de lo abstracto (único en el que nos podemos mover en casación: si razonablemente el conjunto probatorio permite sustentar una convicción de culpabilidad) a lo concreto (si in casu el material probatorio debería haber sido puesto en cuestión, o si el Tribunal de instancia debiera haber albergado dudas) no cabe en casación. Sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de Instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado en la instancia y no puede reproducirse en casación sin traicionar el reparto de funciones que nuestro legislador procesal ha establecido entre el Tribunal de instancia y el de casación.

La sentencia ha contado con una base probatoria más que sobrada y debidamente motivada para llegar a sus conclusiones fácticas. Otra vez la remisión a sus razonamientos se convierte en la más suasoria réplica al alegato del impugnante:

"En su declaración D. Eugenio admitió ser el representante legal de la promotora BOLOO MUSIC en el año 1997 y relató como en un principio encargó el proyecto para la edificación de la vivienda en DIRECCION000 a un Arquitecto alemán, D. Fabio , pero que éste hizo un proyecto demasiado amplio que se apartaba de lo que él estaba buscando, por eso contactó con el Arquitecto Sr. Candido al que les propuso, previo asesorarse con sus abogados y contando con un estudio de viabilidad al respecto, que redujera el Proyecto del Sr. Fabio .

En un principio intentó exculparse de las ampliaciones que se realizaron en su vivienda tras la certificación del final de obras, y que supusieron incrementarla en 1864,15 metros más de lo autorizado, negando que éstas se hubieran acometido, afirmando categóricamente que la obra finalizó en el año 2000, fecha en la que el Sr. Candido dejó de trabajar para él. Sin embargo, conforme avanzaba su interrogatorio admitió que no se mudó allí hasta el año 2003 porque desde que se emitiera el certificado de final de obras hasta esa fecha, las dos personas de su confianza que habían estado representándole desde un principio en las gestiones de la construcción y que ya le habían ayudado a construir su casa y estudio de Alemania, Edemiro y Everardo , estuvieron solventando problemas con los remates y realizando trabajos de decoración. También manifestó que desde que se iniciaron las obras hasta el año 2003 sólo las había visitado en unas cinco ocasiones y que, en todo caso, si se taparon superficies, ese no era un problema de su incumbencia. Respecto de las obras de ampliación en la planta sótano, a preguntas de su defensa, manifestó que le dijeron que era un espacio necesario para la estabilidad del inmueble y que él nunca llegó a bajar a dicha zona, que era un lugar que sólo utilizaban sus hijos para jugar. La inconsistencia de tales declaraciones -a la vista de lo que ya en ese momento del acto de la vista cabía tener por acreditado- motivó que el Presidente del

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Tribunal hubiera de interrogarle acerca de qué era lo que realmente encargó en el año 2007: Las respuestas del Sr. Eugenio fueron sumamente evasivas, respondiendo que encargó una casa, una piscina, un estudio viable y legal de unos 35 metros cuadrados..., sin recordar tan siquiera cuál era el número de habitaciones que le había encargado al arquitecto Sr. Candido, momento en el que le fueron exhibidas las fotografías del STOP inquiriéndole el Tribunal sobre si lo que aparecía en la fotografía correspondiente al año 2008 era lo que encargó, manifestando que sí, pero que lo que le encargó al Sr. Candido fue lo que se plasmó en el Proyecto de obra que se entregó al Ayuntamiento, es decir, lo que se veía en la foto correspondiente al año 2000, terminando su interrogatorio con la admisión de que la discrepancia de lo que se ve en la foto correspondiente al año 2000 con lo que se ve en la foto del año 2008 la llevaron a cabo las personas de su confianza.

Consta acreditado pericial y documentalmente que esas 'discrepancias' supusieron aumentar la construcción que fue autorizada por las licencias de obras del Ayuntamiento de Sant Antoni en un 68% de su volumen, hecho admitido sin ambages por la propiedad con ocasión del Proyecto de legalización de las obras 'sin licencia' que presentó ante la Administración en el año 2004, cuando ya eran firmes las Sentencias dictadas en el orden administrativo y cuando existía la posibilidad de legalizarlas al amparo de la Ley 10/2003 de 22 diciembre, sobre medidas tributarias y administrativas para evitar su demolición, Proyecto que, por cierto, fue suscrito por un arquitecto diferente al que ejecutó las obras que sí tenían licencia.

El detalle de las importantes obras que el acusado acometió entre el año 2000 y el año 2008, se ve reflejado en las fotografías que obran en el escrito de alegaciones que el Sr. Candido presentó en fecha 4.03.11 ante el Ayuntamiento de Sant Antoni con ocasión del procedimiento sancionador que contra él se seguía, fotografías que junto a la memoria descriptiva que consta en el Proyecto de demolición de la vivienda de agosto de 2008, evidencian que, tras finalizar las obras a las que se concedió licencia, se siguieron a instancias del Sr. Eugenio otras no autorizadas, consiguiendo con ello que el Proyecto que finalmente se ejecutó se asimilara en grado sumo al que en primera instancia elaboró el Arquitecto Sr. Fabio y que, según se desprende de la documental aportada por la Acusación Popular, no era sino la mansión de estilo marroquí que en el año 1993 los Sres. Everardo y Edemiro diseñaron para el Sr. Eugenio en un paraje idílico (ANEI) de la Isla de Ibiza. La cualificación profesional de estas personas alemanas se desconoce pero a través de las manifestaciones del propio acusado, de las testificales evacuadas, principalmente por el aparejador de la obra, y por la documental antes referida, consta acreditado que los mismos estuvieron presentes en la construcción desde su inicio hasta que finalizó, incluidas las obras a las que no se le concedió licencia.

La conducta del Sr. Eugenio fue dolosa, no cabe hablar de error pues ni tan siquiera ha sido alegado por su defensa.

En definitiva, este Tribunal, valorando conjuntamente la prueba practicada, considera que existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de D. Eugenio y considerarlo autor del delito previsto en el artículo 319.1 del Código Penal, de acuerdo con lo previsto en los artículos 27 y 28 del Código Penal, por su participación personal, directa y voluntaria en la ampliación de la construcción de su propiedad".

Aunque conviniésemos con el recurrente en que pudo producirse una errónea interpretación del acusado al contestar a la pregunta sobre su vivienda, y aunque expulsásemos del razonamiento de la sentencia esa alusión a sus declaraciones, el sustento probatorio no se tambalearía lo más mínimo. No es pensable que esa sobre-construcción se hiciese sin contar con la anuencia y conocimiento del recurrente que era el real propietario y a quien iba destinada la vivienda. No es asumible la hipótesis del desconocimiento ni de los



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

excesos ni de las limitaciones de la licencia. La secuencia de los hechos es sumamente elocuente. El parecido, si no coincidencia, en muchos puntos entre el proyecto inicial rechazado y el final obtenido tras esas ampliaciones sobre la construcción aprobada con un nada despreciable exceso muy superior al 50 % en una construcción ya de por sí no precisamente diminuta es dato de enorme significación. Argumenta en esta dirección de manera concluyente la acusación popular:

" Eugenio encargó y pagó los distintos proyectos que le diseñaron sus arquitectos y que fueron presentados a la administración, y no se conoce que hubiera puesto nunca reparo alguno en la obra que finalmente le fue entregada, a pesar de conocer perfectamente su volumen y ubicación, pues estuvo viviendo en ella desde su misma finalización. Tampoco ha citado como testigos a los dos alemanes que presuntamente habrían hecho las obras de ampliación sin su consentimiento, ni consta que haya presentado denuncia o demanda alguna contra ellos por abuso de confianza o poderes. Tampoco consta que ellos hayan presentado demanda contra Eugenio para exigir el pago de los medios materiales y humanos utilizados para dicha ampliación, por lo que es razonable llegar a la conclusión, completamente lógica, que aquéllos actuaron bajo sus órdenes y que fue Eugenio quien les contratara o apoderara y pagara todo los costes soportado. Lo contrario, es decir, pretender que la ampliación, que multiplicaba por cinco el volumen permitido, la realizaran terceros sin conocimiento del beneficiario de las obras, y que éste se encontrara sorpresivamente con las mismas, sin ni siquiera tener que abonarlas, choca con los principios de la sana crítica".

El motivo ha de ser desestimado.

#### **Noveno.**

Por fin, se niega que los hechos probados reflejen bien todas las exigencias del delito definido en el art. 319 del Código Penal .

De un lado se alude a un debate ya superado: qué ha de entenderse por promotor a los efectos del art. 319. La jurisprudencia ha dejado claro que no estamos ante un concepto ligado a categorías profesionales sino ante una noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas (más allá de que en la actualidad ese concepto pueda coincidir con la definición del art. 9 de la Ley de Ordenación de la Edificación ): STS de 26 de junio de 2001 . Promotor es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción o como particular. Un entendimiento diferente, además, arrastraría a un problema exegético no menor: las diferencias en la conceptualización de lo que ha de entenderse por "promotor" en los ordenamientos autonómicos.

En este caso era promotora la entidad Baloo Music S.A. La cualidad de promotor exigida por el tipo es predicable también del acusado, representante legal de la referida sociedad, por virtud de lo dispuesto en el art. 31 CP (actuaciones en nombre de otro ).

En otro orden de cosas se arguye que no estaríamos propiamente ante una construcción sino ante un simple exceso que no sería conducta contemplada por el art. 319. El recurrente contaba con licencia para la construcción. El art. 319 en la redacción vigente en el momento de los hechos solo contemplaría supuestos de construcción sin autorización pero no los excesos de volumen o cabida respecto de la licencia o la modificación de construcciones autorizadas. El aumento de volumen de los sótanos (que no ocupan suelo) no tendría carácter típico.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Podríamos excluir del tipo lo que pudieran considerarse excesos proporcionalmente reducidos o insignificantes; nunca casos como el aquí examinado que ha supuesto más que duplicar el volumen autorizado. Ante esa realidad no sirven disquisiciones sobre el subsuelo o los sótanos; ni los denodados e inútiles esfuerzos del recurrente intentando convencernos de que cubrir las pérgolas no es "construir". Nótese que el art. 319.1 siempre ha hablado de "construcción" y no solo de "edificación" como sucede con el párrafo 2 hasta la reforma de 2010, por más que seguramente no habrá que dar relevancia significativa a esa diferencia semántica.

La STS 1.067/2006, de 17 de enero contemplaba un supuesto con alguna analogía pues no toda la construcción era "ilegal": " La absolució se basa en la inexistencia de conductas objetivamente dolosas y graves que ataquen a un bien jurídico especialmente protegido, perteneciente a la comunidad. Termina sentenciando que no existe antijuricidad material y que siendo mínima la posible invasión de la zona pública, no puede extraerse la existencia del dolo que exige la autoría de un delito de estas características...

... Establecida la existencia de acción típica y dolosa debemos examinar otro aspecto singular de esta resolución que se refiere al escaso volumen que afecta a la zona de dominio público marítimo-terrestre.

En este caso, ya no se trata de eliminar la conducta dolosa sino de ver si en la actuación y obras realizadas sobre dominio público (1,82 m<sup>2</sup>) son constitutivas de delito, sin perjuicio de la individualización de la conducta según los antecedentes y características del hecho. Las interpretaciones de la realidad dejan intacto el dolo, con mayor razón cuando se tiene conciencia del comportamiento contrario a la normativa que rige los supuestos que le afectaban en orden a restaurar su casa...

...Conviene recordar que los terrenos de dominio público marítimo terrestre son intangibles.

1.- Esta tesis se basa en la numerosa jurisprudencia contencioso-administrativa que ha proclamando rotundamente y sin fisuras, entre otras muchas la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Octubre de 2004 que, desde la entrada en vigor de la Constitución no es posible, en ningún caso, la existencia de parcelas de propiedad privada en esa zona. Así se deriva terminantemente del artículo 132.2 de la norma fundamental. Después de remitirse a la Ley para la concreción de los bienes que integran el dominio público estatal abandona ese criterio para asumir el directo protagonismo en la definición del dominio público marítimo, incluyendo dentro de este "en todo caso la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental"...

... la afectación e intangibilidad del dominio público marítimo-terrestre es un bien constitucional que debe ser protegido sin distinciones, en función de su mayor o menor agresividad. Es cierto que el condenado actuó en un marco de cierta singularidad, pero ello no es suficiente para justificar la invasión del dominio público por razones meramente cuantitativas. Ello desvirtuaría la importancia de la reserva y custodia especial que el derecho administrativo y, afortunadamente el derecho penal, deben realizar sobre dicho espacio. Para ello es suficiente con apreciar la existencia de conductas desviadas que, sin tener en cuenta su extensión y gravedad, invaden un dominio público vital para los intereses de la Comunidad y para su desarrollo armónico del entorno medio-ambiental .

3.- Queremos llamar la atención sobre la necesidad de mantener las defensas legales, sea cualquiera la intensidad de la agresión, si bien la proporcionalidad y congruencia de la respuesta penal deben acompasarse al caso concreto de manera que pueda ser comprendida y valorada por la sociedad a la que se dirige, el derecho en general y el derecho penal en particular".



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Las modificaciones o ampliaciones de construcciones previas son también construcción cuando son relevantes por sí mismas, relevancia que no puede minimizarse aquí a la vista de los volúmenes de que estamos hablando. Es concorde la doctrina a la hora de considerar típicas además de las construcciones realizadas sin la preceptiva licencia municipal, aquellas que cuentan con licencia pero se llevan a cabo incumpliendo sus condiciones o al margen de su contenido; o modificadas posteriormente desbordando las limitaciones y condiciones de la autorización. Ciertamente en precedentes prelegislativos ( art. 383 del proyecto de CP de 1980 ) se contemplaba expresamente el supuesto de construcciones ultra vires de la licencia. Pero la desaparición de su mención expresa obedece a una idea de economía legislativa: es innecesaria su tipificación explícita pues ya está abarcada en la genérica descripción típica. Esos excesos de altura, o volumen o de otra naturaleza constituyen construcción no autorizada y son incardinables en el tipo.

El bien "construido" motivo tampoco resiste un examen detenido pues el argumento desborda el terreno acotado en el art. 319 CP : ha de ser rechazado.

#### **Décimo.**

Al haber sido penalmente estimado el recurso de la acusación popular han de declararse de oficio sus costas. El otro recurrente, en cambio, habrá de cargar con las costas de su recurso totalmente desestimado ( art. 901 LECrim ).

#### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por GEN-GOB (Acusación Popular) , contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó a Eugenio como autor de un delito contra la ordenación del territorio por estimación del motivo primero de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicha Audiencia con declaración de las costas de oficio. Procédase a la devolución del importe del depósito, si éste se hubiese consignado.

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Eugenio , contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Miguel Colmenero Menendez de Luarca Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

#### **SEGUNDA SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Ibiza, fallada posteriormente por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, y que fue seguida por un delito de prevaricación, falsedad, ordenación del territorio



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

contra Blas , Rebeca , Dionisio , Candido y Eugenio , teniendose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo , integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, se hace constar lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **Único.**

Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Único.**

Se asumen todos los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia excepto lo relativo a la concreción de la proporción de costas con las que ha de cargar el acusado. En virtud de las razones que se han consignado en la anterior sentencia la condena en costas comprenderá una sexta parte del total de las causadas.

### **III. FALLO**

Manteniéndose en su totalidad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia debemos declarar y declaramos que han de quedar incluidas en la condena en costas impuesta al condenado una sexta parte de las producidas, declarándose de oficio las restantes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos . Candido Conde-Pumpido Touron Miguel Colmenero Menendez de Luarda Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

**PUBLICACIÓN .-** Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.