



Sección Sexta de la Audiencia Provincial Plaza San Agustín nº 6 Las Palmas de Gran Canaria Teléfono: 928 32 50 22 Fax.: 928 32 50 52	: Apelación sentencia delito Nº Rollo: 0000250/2011 NIG: 3500431220080018462 Resolución: Sentencia 000037/2012
Procedimiento origen: 0000234/2010 Órgano origen: Juzgado de lo Penal Nº 3 de Arrecife	Proc. origen: Procedimiento abreviado Nº proc.

SENTENCIA

Illmos Sres

Presidente: D. Emilio J.J. Moya Valdés
D. Salvador Alba Mesa
D. Carlos Vielba Escobar (Ponente)

PROCURADOR GENERAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
NOMINACIÓN

23 FEB 2012 24 FEB 2012

Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

En Las Palmas de Gran Canaria a nueve de febrero de dos mil doce

Vistos en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial, Sección Sexta, los presentes autos de Procedimiento Abreviado núm. 234/2010 del que dimana el presente Rollo número 250/2011, procedentes del Juzgado de lo Penal número Tres de Arrecife por delito contra la ordenación del territorio frente a **MIGUEL MARTIN BETANCOR** representado por el procurador Sr Bethencourt Manrique de Lara y asistido por la letrada Sra Fernández de las Heras, siendo parte el Ministerio Fiscal y siendo ponente el Illmo. Sr D Carlos Vielba Escobar, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Por el Juzgado de lo Penal se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 26 de mayo de 2011, con el siguiente fallo:

"Que debo condenar y condeno a MIGUEL MARTIN BETANCOR como autor penalmente responsable de un delito CONTRA LA ORDENACION DEL TERRITORIO, a la pena de UN AÑO Y CINCO MESES DE PRISION , con ACCESORIA DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EL





EJERCICIO DEL DERECHO DE SUFRAGIO PASIVO DURANTE IGUAL TIEMPO, QUINCE MESES MULTA CON CUOTA DIARIA DE DOCE EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, UN AÑO DE INHABILITACION ESPECIAL PARA EL EJERCICIO DE LA PROFESION u OFICIO relacionado con la construcción, así como al pago de las costas."

TERCERO.- Contra la mencionada sentencia se interpuso recurso de apelación, con las alegaciones que constan en el escrito presentado, sin proponer nuevas pruebas que fue admitido en ambos efectos, y dado traslado del mismo por diez días a las demás partes personadas con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- Remitidos los autos a esta Audiencia, y no estimando necesario la celebración de vista, quedaron los mismos pendientes de sentencia.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la sentencia de instancia en tanto no se opongan a lo que a continuación de dirá

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Varias son las cuestiones que introduce el recurso, dos como motivos de nulidad, y dos más que darían lugar a la absolución del hoy apelante, saber:

Falta de práctica de la pericial propuesta y falta de motivación de de la pena impuesta, ambos alegados como motivos de nulidad (si bien y con el respecto al primero tal sanción no se proclama). Y como fundamentos de la absolución invoca la atipicidad de la conducta al no integrar la ejecución del muro controvertido en el concepto de construcción (con apoyo en una sentencia dictada por esta Sección) y en segundo lugar añade que la obra, conforme al Plan Especial de La Geria, aprobado por la COTMAC en junio de 2010 y publicado íntegramente en el BOC el 29 de noviembre de 2010, sería autorizable. Y en la presente resolución daremos respuesta a todos estos argumentos, por más que con la resolución de la última alegación sería más que suficiente para fundamentar la estimación del recurso que ya anunciamos, y ello para clarificar la postura de esta Sala, máxime cuando anteriores pronunciamientos nuestros se invocan en el recurso.





Son hechos que indiscutibles que las obras descritas en los hechos probados se han ejecutado en el interior de una finca enclavada dentro del Espacio Natural Protegido de La Geria, sin que sea objeto de discusión que el apelante ostenta la condición de promotor de las mismas.

Del mismo modo no ha de ser objeto de discusión que la ejecución del muro (aún cuando la denuncia inicial y el escrito de acusación abarcaba más actuaciones que estimaban típicas) carecía de licencia municipal, habiéndose solicitado la misma con fecha 1 de marzo de 2004, sin bien en la solicitud no se contemplaba la ejecución de muros (dicho sea de paso no deja de ser curiosa la pasividad municipal que ni tan siquiera contesta las solicitudes de quién entonces era el Alcalde-Presidente del Municipio). En esta línea de carencia de autorizaciones, es igualmente evidente que no se había obtenido la Calificación Territorial, siendo también evidente que tal Instrumento en la actualidad no es exigible.

No cabe discutir que la parcela en la que se han ejecutado las obras en litigio, la 312 del Polígono 003, han sido destinadas por el apelante a la producción agrícola, co el cultivo de parras, estando el mismo inscrito como viticultor de la Denominación de Origen Lanzarote, estando la referida parcela inscrita en el Registro de Viñedos.

No se puede obviar que en la actualidad, como antes se dijo, ha sido aprobado y publicado el Plan Especial de la Geria, que califica el terreno como Suelo Rústico de Protección Agraria siendo igualmente de reseñar, como es sabido, y por las razones que más adelante se expondrán, la modificación del artículo 319.1 del Código Penal.

Para acabar con este preámbulo es igualmente indiscutible que conforme al artículo 44 del Plan Especial (cuya existencia no cabe obviar) la obra ejecutada precisa licencia municipal e informe de compatibilidad del artículo 63.5 del TRLOTENC, permitiendo, con determinadas condiciones, el artículo 63.2.c del referido Texto, la ejecución de muros en suelos categorizados como de protección agraria.

SEGUNDO.- Comenzando por la pericial la misma no debería haber sido denegada, pues como bien dice el recurso ningún obstáculo existe para su presentación en el acto de la vista, es más los artículos 785.1 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal amparan tal solicitud, cuestión distinta es que esta denegación ocasiones una indefensión material a la parte, único efecto que podría dar lugar a la nulidad (que a la vista de lo anunciado en el fundamento precedente es una sanción que a la parte recurrente ahora no le interesa).





Al respecto de la nulidad la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/2009, 18 de mayo, recuerda que, en los supuestos de denegación de la prueba solicitada, ha de acreditarse que la ausencia del medio de prueba en cuestión se ha traducido en una indefensión material para la parte, lo que significa que la prueba denegada "era decisiva en términos de defensa, esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, potencialmente trascendental para el sentido de la resolución... carga de la argumentación (que) se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (Sentencia 185/2007, de 10 de septiembre, FJ)" (Sentencias 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3; en similares términos entre otras, Sentencias 53/2006, de 27 de febrero, FJ 4; 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 3.c; 152/2007, de 18 de junio, FJ 2, todas ellas en relación con la prueba penal).

Del mismo modo la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre 2011 señala:

"Por su parte esta Sala (Cfr STS 10-11-2009, num. 1100/2009), ha recordado que el derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento, aunque podría considerarse incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías, viene





reconocido expresamente y de modo singularizado en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim. Consiguientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba "pertinentes", de manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim art.659, art.785.1). El Tribunal Constitucional ha señalado retiradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC núm. 70/2002, de 3 de abril).

Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero).

Sin embargo no cabe olvidar por un lado un dato evidente y puesto de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso y es que si bien el perito no fue examinado como tal en el acto de la vista su testimonio si fue objeto de valoración como prueba testifical, como subsidiariamente interesó la defensa. Y en segundo lugar y en relación con la prueba pericial documentada, como es nuestro caso al haberse incorporado al recurso de apelación, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC143/2005, de 6 de junio), esto es, cuando el Tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo), por lo que ningún obstáculo existe, ni ninguna indefensión se ocasiona a la acusación pública, para que nosotros ahora podamos valorar esta pericia, por otro lado sometida a las reglas de la sana crítica como la testifical, pericia que al igual que ocurre con la obrante a los folios 138 a 144 es más normativa que técnica y que casi deviene superflua pues la resolución del debate jurídico es competencia exclusiva y excluyente de Jueces y Tribunales.

Por lo que hace a la ausencia de motivación de la pena, tal defecto, que no existe, dará lugar no a la nulidad sino a





la imposición de la pena mínima. La sentencia a la hora de individualizar tiene en cuenta para imponer una pena alejada de aquel mínimo la existencia de antecedentes penales y la condición de espacio natural, desde esta óptica es acertada la imposición de una pena como la impuesta, es más cabría discutir, cuestión que no ha sido planteada, la posible aplicación del artículo 338, lo que hubiera conllevado una pena mínima de tres años y un día de prisión.

TERCERO.- Por lo que hace al hecho típico de la construcción acudimos a la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 30 de junio de 2006 que resultó confirmada por la paradigmática Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2006 (citada por la Magistrado de instancia y por el Ministerio Fiscal, "si puede entenderse en términos teóricos que una simple **excavación** para cimientos de algo que se va a alzar, cumple el inicio de la acción típica ex art., un delito que es de simple 319.1 CP actividad, con más razón, en este caso, es "construcción" todos los movimientos de tierra, desmontes, vertidos, explanaciones con maquinaria pesada, etc... a favor de una magna transformación del suelo forestal", de modo que a la impugnación de dicha conclusión, respondió el Tribunal Supremo en la referida sentencia "No tenemos la menor duda de que la actividad mediante la cual aparece esa red de caminos donde antes no existían, debe calificarse como "construcción", por cuanto se produce por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de zona geográfica afectada, debiéndose tener en cuenta la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que emplea el vocablo "construcción" como acción típica en el epígrafe 1º del precepto, y "edificación" en el 2º, mucho más restringido que el otro" pero es que además completa su argumentación, declarando que desde luego se comprenden en el término "construcción" del precepto citado, obras idénticas a las que en el supuesto de autos fueron realizadas movimientos de tierra, explanaciones con maquinaria pesada, etc, de modo que no se puede hablar de obras que no incorporan elementos físicos permanentes, ni de escasa entidad

Abundando en esta idea no debemos olvidar que, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, también citada en la sentencia apelada, de 28 de marzo de 2006 que el bien jurídico del delito que analizamos es la ordenación del territorio, pero en el sentido de que lo tutelado no es 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", artículos 45 y 47 de la CE, es decir la utilización racional del suelo como recurso natural limitado





y la adecuación de su uso al interés general, siendo pues 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, de modo que el hecho en sí mismo como apunta el recurrente, de haber construido en todo caso sin licencia no puede servir por sí sólo para integrar el tipo enjuiciado.

Y en este sentido la reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 19 de enero de 2012 señala:

"La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1993 afirmaba que " el concepto de construcción no está limitado únicamente a los supuestos de edificación, sino que se extiende a otros distintos e independientes de la edificación en sentido estricto, atendiendo por tal, con fundamento en el artículo 334.1 del Código civil , todo bien inmueble, de cualquier género, adherido al suelo.....concretando el concepto de edificio a toda construcción permanente, separada e independiente, concebida para ser utilizada como vivienda o para servir al desarrollo de una actividad económica".

La doctrina científica ha estimado que a la vista de la regulación urbanística, si bien toda edificación es una construcción, no toda construcción es una edificación, abarcando pues la construcción un ámbito más amplio de acciones punibles y con la doctrina científica cabe entender por construcción "la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno", extendiéndose a actuaciones de uso del suelo como (excavaciones, movimientos de tierra etc.), mientras que la edificación sería "una construcción que materializa un aprovechamiento objeto de regulación urbanística, cerrada y con techo"

Por otro lado, como expone el Ministerio Fiscal, que nadie ha discutido que la ejecución de un muro no es una edificación, y es que la relación que nosotros hicimos, con base en las sentencias y trabajos doctrinales que citamos en la sentencia de 2 de mayo de 2011 se refería, se refería a edificaciones y no construcciones. A este respecto hemos de recordar que la actual redacción del artículo 319.1 (que no a la fecha de los hechos) equipara construcciones y edificaciones, por lo que la voluntad del legislador no es otra que acabar con tal espinosa discusión.

Por último no esta de más el poner de manifiesto a la parte que si se apoya en sentencias de las Audiencias para excluir la ejecución del muro como acto típico, debería aceptar que la las labores de "excavación, movimientos de tierras y desmorte" que la sentencia apelada no entiende como típicos si con considerados como tales por la denominada jurisprudencia menor, y de hecho se encuentran expresamente





prohibidos por el artículo 42.6 y 10 del repetido Plan Especial (por la remisión que a los mismos efectúa el artículo 59.1), más no cabe el confirmar la condena por estas actuaciones cuando las mismas, como se dijo, han sido expresamente excluidas por la Magistrado de instancia, sin que su inclusión como hechos típicos se haya sostenido en esta alzada.

CUARTO.- Por lo que hace al último punto del debate ya dijimos en nuestra sentencia de 2 de mayo de 2011 (autocita que efectuamos al amparo de lo manifestado en el recurso de apelación).

Recoge la postura mayoritaria la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2008, que recoge otras de distintas Audiencias, expresando al respecto del tipo del artículo 319.1., que: "La doctrina jurisprudencial aplicable, por todas las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección Tercera, de 9 de marzo de 2007, y de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Séptima, de 29 de junio de 2007, pone de manifiesto la exigencia de que las conductas atentatorias contra el bien jurídico protegido tengan la entidad suficiente para justificar la aplicación del tipo penal, y las exigencias de aplicación del tipo del artículo 319.1 del Código Penal.

La Sentencia de 29 de junio de 2007 señala que en relación al artículo 319.1 del Código Penal: "Dicho tipo exige, en primer lugar, la concurrencia de un presupuesto objetivo, consistente en el carácter de no autorizable de la edificación, lo que debe diferenciarse de "obra no autorizada", tal y como se hace por la Audiencia Provincial de Palencia, en Sentencia de fecha 13 de octubre de 1.998, declarando que "...por no autorizable hemos de entender lo que no sólo no está permitido, sino que en el futuro tampoco podrá ser permitido", por lo que continúa dicha sentencia sosteniendo que "...debe reservarse el tipo en cuestión, dado además el carácter fragmentario del Derecho Penal y el principio de intervención mínima que lo informa, para aquellas infracciones urbanísticas que adolezcan de irregularidades tan graves y escandalosas, que ni siquiera quepa la posibilidad de una posterior subsanación, autorización o convalidación".

Y posteriormente insiste: "entendemos que tanto en los casos del artículo 319.1 como en los supuestos encuadrables en el 319.2 será preciso que la obra ni esté autorizada ni sea legalizable, pues no cabe acoger la interpretación de que se está castigando el mero hecho de no pedir una licencia administrativa para acometer una determinada obra, sino la





realización de una obra que no resulte ajustada a derecho, por lo que si, aún afectando la que en concreto motivó la incoación de la causa a los espacios de especial protección señalados en el artículo 319.1 se llega a la conclusión de que estamos ante una obra susceptible de ser legalizada, no existiría delito alguno.

Sobre esta misma cuestión resulta muy ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 14 de julio de 2003, en la que, (...), se señala que "en el mismo precepto penal se reúne una doble y diferente alusión a la irregularidad administrativa, concretada en el tipo básico del apartado segundo al defecto de posibilidad de autorización ("no autorizable"), mientras que en el tipo cualificado del párrafo primero literalmente se incrimina la irregularidad por ausencia o falta de correspondencia con la autorización ("no autorizada)", para concluir que, aún cuando "la taxatividad de la norma en punto a su dicción ("no autorizada") podría hacer pensar que, efectivamente, se está castigando en el apartado primero del referido artículo 319 todos los casos en que la obra reúna tal condición, con total independencia de que pueda ser o no "autorizable", lo que puede encontrar su explicación precisamente en la circunstancia de que se hace prima facie difícil concebir la posibilidad de obtener autorización administrativa en los lugares señalados en dicho apartado, precisamente por tratarse de espacios objeto de una especial protección, sin embargo "la necesidad de que el bien jurídico protegido haya resultado materialmente afectado por la conducta enjuiciada, parece emerger como exigencia indefectible desde el punto y hora en que la común estructura de los diversos tipos incluidos en el precepto, y aun en el capítulo, abona que la sanción penal responda a comportamientos material y no sólo formalmente lesivos de lo que mediante la ordenación del territorio trata de protegerse, sea ello por conculcación directa de los valores a preservar, o indirectamente por la infracción de la normativa que los regula, pues ni parecen criminalizarse figuras obedientes a una pura contravención de trámites desligados de su correlativo impacto ambiental o territorial, ni se sancionan tampoco todas las posibles conductas contraventoras, sino exclusivamente las de impacto más inconveniente, más álgido, o de mayor categoría en relación con la intensidad de la protección (suelo no urbanizable o suelo especialmente protegido), lo que evidentemente pugna desde interpretaciones lógicas y sistemáticas con otro punto de vista inclinado a sancionar por simples contravenciones de no efectiva repercusión negativa para el territorio en la forma que viene dispuesta su ordenación, lo que incluso podría afectar al principio de subsidiariedad en atención a la comentada protección





dispensada sobre los supuestos que más gravemente afectan al bien jurídico protegido".

Por su parte, la Audiencia Provincial de Castellón señaló, en Auto de 19 de junio de 2003, que "para la subsunción de una conducta en el artículo 319.1 no bastará constatar que la construcción no autorizada recaiga sobre los objetos materiales... previstos en dicho precepto, sino que además será exigible que esa conducta revista la gravedad suficiente para perturbar el suelo de modo que pueda apreciarse una explotación irracional del recurso natural o un uso antisocial del mismo, de manera que su utilización ya no responda a los intereses de la comunidad sino a intereses particulares, constatándose que el hábitat y el medio urbano ha sido alterado en sus valores relevantes", afirmándose asimismo que "La tipicidad de la conducta prevista en el citado artículo 319.1, en principio, exige que se ejecute una construcción sin haber obtenido la preceptiva autorización, si bien resultará atípica, por no resultar aquella lesiva para el bien jurídico protegido, cuando la construcción sea autorizable, meramente se haya omitido su petición, concurran los requisitos necesarios para su obtención y se obtenga con posterioridad a su inicio o a su finalización. Por el contrario, cuando no concurran las exigencias que posibilitarían la autorización de la construcción, debe entenderse que la acción es típica".

QUINTO.- Ciertamente el debate al respecto de si las obras ejecutadas en los espacios referidos en el artículo 319.1 (en la redacción vigente al tiempo de los hechos) fueran autorizables con posterioridad excluye la sanción penal no es pacífica y a título de ejemplo señalamos cuatro sentencias de otras tantas Audiencias Provinciales.

La ya citada de Pontevedra de 19 de enero de 2012:

"Al respecto procede hacer dos consideraciones: la primera, que la condición de "autorizable" ha de enjuiciarse en relación con la legislación y normativa urbanística vigente en el momento de ejecutar la construcción. En tal sentido es claro que el tipo penal se ha cometido pues ha quedado acreditado sin dudas, a tenor de los informes unidos a las actuaciones y demás pruebas practicadas en plenario, que las naves no eran autorizables conforme a la legislación y planeamiento vigentes. La segunda, que de haberse producido un cambio legislativo en materia urbanística favorable a la legalización cuando se está enjuiciando el ilícito penal, pueda ello beneficiar al reo en aplicación de la norma más favorable, al constituir el artículo 319 del CP una norma penal "en blanco" que se integra respecto a determinados





elementos normativos del tipo por remisión a la normativa urbanística de aplicación. La cuestión sería si con el cambio de usos permitidos en la tipología del suelo rústico operado por la referida ley 2/2010 que modifica la ley del Suelo de Galicia, habría que tener en cuenta esta nueva regulación en aplicación del principio de retroactividad de la ley más favorable al reo (art. 2.2 CP) considerando que ley penal "no es sólo el texto de un precepto contenido en una ley penal sino también la normativa extrapenal que contribuye a dotar de un contenido prescriptivo específico al referido precepto"

Sentencia de la Audiencia de Castellón de 8 de noviembre de 2011:

"En cualquiera de los casos, la expresión "construcción no autorizada" a la que alude el tipo penal debe ser entendida como aquella que carezca de la preceptiva licencia municipal por no haber sido ésta previamente obtenida ni posteriormente legalizada, y también -aunque atendiendo al caso en concreto-, cuando se produzca su legalización como consecuencia de un cambio en el planeamiento motivado, precisamente, para subsanar la ilegalidad de la conducta. Es verdad que en algunas ocasiones (SAP Castellón, Sección 2ª, Núm. 3/2006, de 30 Ene .) se ha diferenciado los vocablos "autorizada" del apartado 1 del art. 319 y "**autorizable**" del apartado 2 del mismo precepto, para indicar que se emplean en contextos diferentes y en referencia a suelos de diferente calificación, lo que impide llegar a una equiparación de ambos conceptos, sin embargo, se ha entendido mayoritariamente (SAP Zaragoza de 11 May. 1999 , SAP Alicante, Sección 1ª, Núm. 17/2005, de 9 Feb . y SAP Madrid, Sección 17ª, Núm. 191/2011, de 11 Feb ., entre otras) que la expresión "no autorizada" obliga a descartar todas aquellas que pueden ser "**autorizables**", es decir, que son susceptibles de realizarse tras el correspondiente trámite administrativo. Como dice la SAP Madrid, Sección 23ª, de 29 Dic. 2008 "la contraposición entre la expresión **autorizable** del apartado 2 del art. 319 del CP con la de no autorizada del apartado 1 ha de ser atemperada con la aplicación de criterios interpretativos material-teleológicos del bien jurídico. De modo que, aún cuando lo normal es que las construcciones de los supuestos del apartado 1 no sean **autorizables** a posteriori, si se diera excepcionalmente la posibilidad de una autorización de esa índole debido a que se tratara de una irregularidad legalizable ab initio , tendría que interpretarse de forma flexible la expresión no autorizada y equipararla a la de no **autorizable**. En toda esta materia - como, en general, en toda la interpretación del artículo 319 del CP - ha de operarse en la medida de lo posible con el





principio de lesividad u ofensividad del bien jurídico, con el fin de evitar la punición de meras infracciones administrativas de índole formal que pudieran ser subsanadas a posteriori".

Sentencia de SEVILLA de 7 de septiembre de 2011

"Por último, se trata de una edificación no **autorizable**. La afirmación del apelante de que no concurre este elemento al ser susceptible la edificación levantada de autorización posterior, (folio 12 del recurso) no puede ser aceptada, pues si fuera así, el delito nunca podría cometerse ya que la calificación del terreno, es susceptible de cambio por el legislador o resolución de la administración competente en materia urbanística. Este elemento debe referirse a la ilegalidad de la edificación en el momento en que se realiza, no bastando con que la edificación se haya realizado sin licencia, ni que se haya hecho en suelo no urbanizable, sino que se requiere además que, sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento y por tanto, no sea posible su autorización, lo que evidentemente ocurre en el presente caso, tal y como confirmó el arquitecto Ezequiel y se desprende del informe por él emitido y que obra incorporado a las actuaciones.

Y por fin la Sentencia de Valencia de 16 junio 2011

"Dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia-Sección 2ª de fecha 30-09-2010, rec. 261/2010_, sobre esta cuestión que "la posibilidad de que algo llegue a legalizarse, acontecimiento siempre futuro e incierto, no puede sustentar la interpretación del delito que nos ocupa ni de ningún otro, porque en realidad todo es legalizable, lo que hoy no tiene encaje legal puede tenerlo en el devenir, con lo que nunca se estaría ante la infracción penal, y quedaría siempre abierto el camino hacia el fraude, para lo que bastaría aducir en cascada motivos para la posibilidad de legalización, con el cuidado de no introducirlos todos juntos, de suerte que pretendido uno, y llegada la denegación, se eche mano de otro disponible, y así sucesivamente. Por su parte, autorizable es lo que es susceptible de ser autorizado, cuestión que hay que ventilar con lo que hay, no con lo que pueda haber no se sabe cuándo, con atención no a meros defectos de escasa trascendencia y subsanables, que hagan posible la convalidación sin más, como pudiera ser el pago de lo que correspondiera en mérito de una carga impositiva, sino al fondo, de manera que la disyuntiva es tajante y excluyente, esto es, o se puede autorizar o no se puede"

En definitiva, la sola construcción sin autorización administrativa podría considerarse formalmente típica al





contravenir las normas relativas a la ordenación del territorio, pero no por ello reuniría el elemento de la antijuricidad material, que sólo se colma con la constatación irrefutable de la efectiva conculcación de los especiales valores declarados o protegidos, siendo así que habrá que tener en cuenta el principio de intervención mínima que debe presidir siempre el Derecho penal y el carácter residual del mismo, y de conformidad con una adecuada interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico, concretamente con el Derecho Urbanístico que permite además de la imposición de una sanción pecuniaria, la obra en ejecución o ejecutada susceptible de posterior legalización, no puede conceptuarse como delictiva, pues de esta forma se podría llegar al absurdo de pensar que le puede configurar una conducta penal por la mera falta de requisito administrativo de la obtención de la licencia.

Así, aun cuando, la utilización del término "no autorizada" (1er. pf.) y "no autorizable" (2º pf.) de los distintos tipos del art. 319 del Código Penal pueden inducir a confusión de dar a entender que en el segundo supuesto la aplicación de la norma penal es mucho más restringida, lo cierto es que habrá de optarse necesariamente por una interpretación amplia del concepto "autorización", pues si el bien jurídico protegido es el de preservar el buen orden de planeamiento y cumplimiento de las normas administrativas sobre la utilización racional del suelo, todas aquellas conductas que puedan ser conformes a ese planeamiento general de la zona habrán de reputarse impunes para el Derecho Penal, con independencia de que se haya obtenido o no previamente la licencia municipal de la obra o la autorización pertinente de la Junta de Andalucía, sólo las conductas infractoras del buen orden urbanístico serán encuadrables en el tipo penal.

En definitiva, la conducta enjuiciada será sancionable penalmente, con independencia del mayor o menor volumen de lo construido, al tratarse no sólo de una construcción realizada sin autorización sino que además no sea autorizable, es decir, no susceptible de legalización, con la normativa urbanística vigente".

Nosotros nos decantamos por la postura mayoritaria es decir atender a la normativa sectorial vigente al momento de resolver (desde luego no a hipotéticos cambios futuros) y si conforme a esta las obras son autorizables excluir la sanción penal, sin perjuicio de las posibles sanciones administrativas, y esta tesis no es nuestra sino que responde a la voluntad del legislador que como es de ver tras la reforma no distingue entre "no autorizadas" y "no autorizables" sino que la redacción vigente al día de la fecha preserva el núcleo de sujetos activos y refiere las conductas a la realización de "obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables 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".

Por tanto la pregunta no es otra que determinar si el muro es o no legalizable conforme a la normativa vigente, y más en concreto conforme al Plan Especial de La Geria (recuérdese que los Planes Especiales son los instrumentos de planeamiento de los Paisajes Protegidos), y la respuesta es positiva, así el artículo 61.3 declara como autorizable "las instalaciones vinculadas a la actividad agraria:...cerramientos..", y en punto 1 los señalados en el Régimen General de Usos, como son los puntos 5 y 8 del artículo 44. Pero es más y es que específicamente y por lo que hace a las industrias vitivinícolas (el cultivo de vides se ha de incluir en tal actividad máxime cuando el titular de esta explotación agrícola, como vimos, esta inscrito en la Denominación de Origen), el artículo 117 permite la instalación de bodegas o en su ampliación de las bodegas existentes (sin duda con mayor impacto visual), por lo que no cae aceptar que se refiere, como dice la sentencia, de industrias ya existentes (pues de otro modo no distinguiría entre bodegas de nueva planta y ampliación), sin perjuicio de que, como acabamos de decir, la actividad vitivinícola del recurrente ya era "existente", amén de que el artículo 11 permite la ejecución de muros de de protección, esta posibilidad hace decaer a la autora del mal llamado informe pericial (por lo que en su momento dijimos) al señalar "que no es propio hacer muros de contención en La Geria".

Consecuentemente el recurso ha de ser estimado, sin perjuicio de recordar que esta incólume la acción administrativa en el caso de que el apelante no inste la legalización o en su caso contravenga las condiciones de la licencia.

SEXTO.- Por disposición del artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas serán declaradas de oficio.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

LA SALA DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **MIGUEL MARTIN BETANCOR** y en su consecuencia **REVOCAMOS** la sentencia de fecha 15 de enero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Penal N°3 de Arrecife,





ABSOLVIENDO al apelante libremente de toda responsabilidad criminal del delito objeto de condena, declarando de oficio las costas devengadas en la alzada.

Así por nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firma

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que frente a la misma por ser firme no cabe recurso alguno.

PUBLICACION- Leída y publicada ha sido la anterior resolución celebrándose audiencia pública en el día de la fecha

