

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**  
Sede: **Burgos**  
Sección: **1**  
Fecha: **12/12/2023**  
Nº de Recurso: **11/2022**  
Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEON SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

ROLLO DE APELACION NUMERO 28 DE 2023

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁVILA (SECCIÓN 1<sup>a</sup>)

PROCEDIMIENTO ABREVIADO 11/2022

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N°2 DE ÁVILA

**-SENTENCIA N° 105/2023-**

Señores:

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmo. Sr. D. Alejandro Valentín Sastre

Ilmo. Sr. D<sup>a</sup> Blanca Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a doce de diciembre de 2.023.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de ÁVILA, seguida por un DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN EL TERRITORIO DEL ARTÍCULO 319.2 DEL CÓDIGO PENAL, contra Valeriano, representado por la Procuradora Doña Yolanda Sánchez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Ramón Andrino San Cristóbal; y contra Luis Francisco, representado por la procuradora Dña. Candelas González Bermejo y defendido por el letrado D. Juan Ángel Martínez González, en **virtud del recurso de apelación interpuesto** por Ezequiel, ejercitando la ACUSACIÓN POPULAR, representado por la procuradora Dña. María del Pilar Palacios Martín, y asistido por el letrado D. Gregorio Hernández Sánchez, al que se habría ADHERIDO parcialmente el Ministerio Fiscal; e IGUALMENTE recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL, siendo **Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña Blanca Isabel Subiñas Castro**.

### **-ANTECEDENTES DE HECHO-**

**PRIMERO.** - La Audiencia Provincial de Ávila, en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia de fecha 16 de diciembre de 2.022, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

*"El acusado, Valeriano (D.N.I NUM000), nacido el día NUM001.1981, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario de la parcela 362 polígono 6 de la localidad de Hoyocasero, solicitó ante el Ayuntamiento de dicha localidad - del que por entonces era Alcalde su padre, el también acusado Luis Francisco, mayor de edad y sin antecedentes penales- una licencia de obra menor para reforma y ampliación de una caseta de aperos radicada en dicha parcela. El acusado también solicitó autorización a la Confederación Hidrográfica del Tajo al afectar la obra a zona de políca de cauces.*

*Las obras de ampliación y reforma pretendidas fueron autorizadas por la Confederación Hidrográfica del Tajo y obtuvieron licencia favorable del Ayuntamiento de Hoyocasero de fecha 9 de agosto de 2017. Las obras objeto de autorización y licencia consistían en ejecución de caseta de aperos con dimensiones en planta 7x5 metros y porche de acceso, ubicada en las coordenadas UTM30 ETRS89 aproximadas X:331.594 Y:4.474.175; estanque de riego de aproximadamente 5 metros de diámetro; escaleras de acceso; y construcción de bancales sujetos mediante 3 muros de contención. Todo ello a llevar a cabo en la indicada parcela 362 del polígono 6, cuyo suelo estaba clasificado como suelo rústico común (Régimen Transitorio del Suelo Urbanizable), siendo el uso permitido el de agrario para edificaciones.*

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

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

En el mes de julio de 2109 se aportó documentación en el Ayuntamiento de Hoyocasero por parte de Valeriano para la legalización de la edificación de nueva construcción denominada "caseta de aperos", según proyecto redactado por el arquitecto Carlos Daniel expediente de legalización de la obra ejecutada, tras contar con informe favorable del arquitecto municipal después de constatar que se habían eliminado de la construcción las instalaciones de electricidad y fontanería, los alicatados y chimenea eléctrica, condenado las ventanas no precisas para iluminación y particiones interiores, por Decreto de la Alcaldía de Hoyocasero de fecha 6 de julio de

2020 se concedió a Valeriano licencia de legalización de la edificación llevada a cabo, para uso vinculado (ganadero), con el carácter de provisional."

**SEGUNDO.** - La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:

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

**TERCERO.** - Por el Magistrado integrante de la Sala, D. Miguel Ángel Callejo Sánchez respecto a la sentencia nº 121/2022 de fecha diecisésis de diciembre de 2022 dictada por la Audiencia Provincial formuló voto particular, considerando que los hechos probados deberían quedar redactados de la siguiente forma:

PRIMERO.- El acusado, Valeriano (D.N.I NUM0009, nacido el día NUM001.1981, mayor de edad y sin antecedentes penales, propietario de la parcela 362 polígono 6 de la localidad de Hoyocasero (Ávila), promovió y llevó personalmente a cabo, amparado en una licencia de obra menor concedida por el Ayuntamiento de la referida localidad de fecha 9 de agosto de 2017 para la ampliación de una caseta de aperos, la construcción de una edificación nueva destinada a uso residencial a sabiendas de que ni esa edificación contaba con licencia urbanística, ni podía ser autorizable por ser el uso residencial un uso no permitido en virtud de lo establecido en los arts. 23 de la LUCyL y art. 57 RUCyL, al tratarse de un Suelo Urbanizable Sector A asimilable a Suelo Rústico Común.

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

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

La licencia fue solicitada por su padre Luis Francisco, entonces alcalde de Hoyocasero (Ávila), actuando en representación de su hijo Valeriano, afirmando que el constructor

responsable de las obras era la sociedad mercantil Construcciones Picós S.L. de la que era administrador, dictando el mismo alcalde decreto concediendo licencia de obra siendo el beneficiario su hijo, ordenando notificarse a sí mismo, el día 10 de agosto de 2017 el citado decreto y recibiendo el propio alcalde la notificación en nombre de su hijo. Para tal obra se omitió solicitar el informe por escrito del arquitecto municipal así como tampoco se realizó la inspección ocular de la ejecución de la obra.

En julio de 2019 cuando el querellante Ezequiel ya no era concejal del Ayuntamiento, ni Luis Francisco era alcalde por haberse celebrado nuevas elecciones el 26 de mayo de 2019, por Valeriano aprovechando tal situación, se aportó documentación en el Ayuntamiento para la legalización de la caseta de aperos. En fecha 8 de junio de 2020 por el arquitecto del Ayuntamiento Juan Miguel se informa que la legalización de la edificación descrita en el proyecto del arquitecto Carlos Daniel es viable urbaníticamente. Allí se dice que no es una caseta de aperos sino que se trata de una nave vinculada a usos ganaderos.

Por Decreto del alcalde de 6 de julio de 2020 se concede licencia de legalización de la edificación. Allí se dice que la edificación al estar ubicada en suelo urbanizable, es susceptible de obtener licencia como edificación agrícola-ganadera en suelo rural común. Con fecha 20 de mayo de 2022 se emite informe por el arquitecto Carlos Daniel en el que se señala que el total ejecutado de acuerdo al expediente de legalización supone un 3,38 del coste total de la obra".

Y el fallo de la sentencia debería ser:

*"Que debo condenar y condeno a Valeriano como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo del art. 319.2 del C Penal, ello sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año y medio de prisión, una pena de multa de 24 meses, a razón de 200 euros al día y una pena de inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor-constructor por tiempo de cuatro años. Se le condena a la demolición de la obra y la reposición a su estado original de la realidad física de la parcela 362 del polígono 6 del Catastro de Rústica de Hoyocasero (Ávila) e imposición del cincuenta por ciento de las costas causadas, incluidas las de la acusación.*

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

**CUARTO.-** Contra la resolución se interpuso recurso de apelación por la acusación popular formulada por D. Ezequiel, e invocó como motivos del recurso, en primer lugar su legitimación como acción popular, con infracción de los artículos 24 y 125 de la Constitución española, 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 101, 270 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal; en segundo lugar, errónea valoración de la prueba; a

continuación, infracción del artículo 319.2 del Código Penal; y por último, infracción del artículo 319.3 del Código Penal, solicitando que se dicte en su día sentencia por la que estimando el recurso, se condene a don Luis Francisco en los términos solicitados en el escrito de acusación; y a don Valeriano, en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal, excepto en lo referido a la demolición de la edificación que interesa sea demolida en su totalidad, dejando la finca en su primitiva y original estado, con imposición de costas incluidas las de la acusación popular; y subsidiariamente, para el supuesto de que se considere que no es posible condenar a los dos acusados en segunda instancia tras revocar la sentencia absolutoria, por entenderse que es necesaria la revisión de la prueba personal para resolver el recurso de apelación, se interesa el derecho a que se proceda a decretar la nulidad de la sentencia recurrida, retrotrayendo las actuaciones al momento de la celebración de la vista, ordenando la práctica de un nuevo juicio ante el tribunal diferente a que lo ha anunciado en la estancia y todo ello con imposición de costas.

Igualmente interpuso recurso de apelación el MINISTERIO FISCAL considerando que los hechos deben de ser calificados como un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, y lo que se describe en los hechos probados es una construcción no autorizable que se realizó en suelo no urbanizable cumpliéndose los elementos típicos de dicho tipo, habiendo errado el tribunal en la valoración jurídica que se hace del término "autorizable", y los hechos son de suficiente entidad para integrar la gravedad requerida para la concurrencia del tipo penal, no procediendo la aplicación del principio de intervención mínima; y por ello solicitó que se revoque el fallo absolutorio respecto a Valeriano, y se le condene como autor de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal a las penas solicitadas en el escrito de conclusiones provisionales.

**Igualmente el Ministerio Fiscal, en relación con el recurso de apelación formulada por la acción popular, manifestó adherirse al recurso** por lo que se refiere a la revocación de la sentencia, tanto con respecto a Valeriano, remitiéndose a lo argumentado en su escrito de recurso; como por lo que se refiere a Luis Francisco, adhiriéndose respecto a este último íntegramente a las alegaciones realizadas por el recurrente acción popular,

tanto en lo que respecta a su legitimación como acusación popular, como en cuanto al fondo del asunto y su responsabilidad como autor de un delito de prevaricación.

**QUINTO.** – Admitidos los recursos por providencia, se dio traslado de los mismos a los acusados, que IMPUGNABAN expresamente los recursos de apelación presentados, solicitando se dictara sentencia por la cual se confirmara la sentencia de instancia.

**SEXTO.** - Y elevadas las actuaciones a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 18 de julio de 2.022, en que se llevaron a cabo.

#### **- FUNDAMENTOS DE DERECHO –**

**PRIMERO.** - Es objeto del presente recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la sentencia dictada, en fecha 16 de diciembre de 2.022, por la Audiencia Provincial de Ávila en la que SE ABSUELVE a Valeriano del delito contra el medio ambiente y la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319.2 del Código Penal, y a Luis Francisco de delito de prevaricación urbanística, previsto y penado en el artículo 320.1 del Código Penal por los que venían acusados, con todos los pronunciamientos favorables, declarando de oficio las costas causadas. Por otra parte, es necesario poner de manifiesto que se formuló un voto particular por Magistrado integrante de la Sala, Sr. Callejo, por el que se expresaba que procedía la condena de Valeriano como autor criminalmente responsable de un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo del artículo 319.2 del C Penal, a las penas, entre otras, de un año y seis meses de prisión; y, por otra parte, en relación con Luis Francisco, estaba de acuerdo con el pronunciamiento absolutorio dictado respecto del delito que le venía siendo atribuido, declarando de oficio el cincuenta por ciento de las costas incluidas las de la acusación.

La sentencia dictada, en primer lugar, estudia las cuestiones previas planteadas por los acusados Valeriano y Luis Francisco, lo que hace en la sentencia, y no hizo al inicio del juicio, argumentando la íntima conexión de las cuestiones previas con el fondo del asunto.

**Resuelve, en primer lugar, la cuestión previa suscitada por la defensa de Luis Francisco, en sentido estimatorio, concluyendo que no es admisible la acusación popular formulada por Ezequiel**, y siendo el único que ejercitaba acusación respecto de Luis Francisco por la presunta comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, y careciendo de legitimación para ejercitárla, por cuanto era concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero, y el querellado Luis Francisco era el Alcalde, y habiendo sido la obra ha sido objeto de legalización, que procede la absolución. La acción pública no fue ejercitada por el Ministerio Fiscal, que sólo lo hizo extemporáneamente en fase de conclusiones definitivas adhiriéndose a la acusación ejercitada por la acusación popular, de tal manera que se violentaría el principio acusatorio si se tuviese en cuenta, y una vez decaído el derecho de la acción popular, la adhesión ha de correr la misma suerte. Deben evitarse abusos en el ejercicio de la acción popular, y aun cuando lo que se trata es defender intereses difusos (es decir aquellos delitos que no tienen un perjudicado definido), como lo es el delito de prevaricación administrativa, la única forma de personarse en actuaciones penales es a través del ejercicio de la acción popular. Y en el caso de personas jurídico públicas, y en asuntos de corrupción urbanística, la acción pública que pertenece a la sociedad en general se ve representada por el Ministerio Fiscal, constitucionalmente regido por los principios de legalidad, imparcial y unidad, y no por la Administración. Y no existiendo una norma expresa habilitante, por más que los Ayuntamientos tengan competencia en materia de urbanismo, no puede ni el Ayuntamiento, ni ninguno de los funcionarios públicos que prestan servicio, incluido los concejales (que no pueden considerarse directamente ofendidos por los delitos), ejercitar la acción popular y así el auto dictado por esta misma audiencia con fecha 22 de julio de 2021.

**La segunda cuestión previa, en este caso planteada por Valeriano, se refiere a determinar la influencia que, desde la antijuridicidad de la conducta, puede desplegar una postrera acomodación a la legalidad urbanística de la construcción irregularmente ejecutada.** Y en este sentido se argumenta que la existencia de un Decreto de legalización de la obra dictado con fecha 6 de julio de 2020 es suficiente para sembrar dudas en el órgano sentenciador sobre la condición de autorizables de las actuaciones urbanísticas, y ello debe desembocar el dictado de una sentencia absolutoria. Examinados los requisitos del artículo 319.2 del Código Penal, resulta que si bien la edificación ejecutada por el acusado no se acomodaba a la normativa urbanística al

tiempo de cometer el delito -año 2017- como consecuencia de la disciplina urbanística, en el momento del enjuiciamiento ha pasado a estar legalizada mediante Decreto y por lo tanto, visto bien jurídico protegido - la Ordenación del Territorio-, y aplicando el principio de intervención mínima, procede la absolución.

Interesante resulta destacar el contenido del voto particular, que si bien está de acuerdo con el argumento de la sentencia al respecto de que el querellante tenía falta de legitimación para ejercitar la acción popular; no está de acuerdo en tal afirmación respecto de Valeriano, hijo del alcalde, contra quien también se dirigía la acción popular, al tiempo de formular escrito de conclusiones, solicitando condena por un delito contra la ordenación del territorio, y para lo cual se considera que sí tiene legitimación, dado que la obra fue legalizada por Decreto de 6 de julio del 2020 y en ese momento el querellante no era concejal, ni el padre de Valeriano era alcalde. Ha de tenerse en cuenta que la primera licencia se obtuvo el 9 de agosto del 2017, y que en el mes de julio del 2019 se inició una legalización que concluiría por Decreto de 6 de julio del 2020. Y en este sentido la Sala no ha examinado si la concesión de la segunda licencia era o no conforme a derecho, considerando que procede la absolución, lo que deja en indefensión a la acusación. Y, por otro lado, considera que los hechos sí que son constitutivos de un delito del artículo 319.2 del Código Penal del que sería autor Valeriano, puesto que lo construido por su parte era una construcción no autorizable en ningún caso, y la segunda licencia se concedió prescindiendo del procedimiento. Solicitó licencia para construir o renovar una caseta de aperos, y lo que construyó era una vivienda según los informes oficiales (Seprona y Junta CYL), y reconoció que no podía hacerlo, porque posteriormente promovió la legalización de la obra con la modificación de un 3,3% y ya no como caseta de aperos, sino como nave agrícola -ganadera. Y en este sentido el arquitecto municipal ni siquiera lo llamó nave agrícola ganadera, y dijo que informaba favorablemente la licencia para *nave vinculada a un uso ganadero* con el informe preceptivo de una secretaría interventora que manifestó desconocer las normas subsidiarias, o las distancias de la edificación, cuando precisamente es a ella a la que le corresponde el asesoramiento legal preceptivo, lo que tampoco era autorizable porque tal tipo de construcción no podía existir a menos de 500 m de las líneas exteriores de la vivienda del municipio, por lo que el acto es nulo de pleno derecho. Y también es cuestionable la actuación de un arquitecto que utilizó la una terminología inventada para este caso concreto, “*nave vinculada a uso ganaderos*”, cuando la norma hablaba “*establos y criaderos de animales*”, y además desconoció los

*límites de la distancia* para dar cobertura a aquello que inicialmente se llamó caseta de aperos y que en realidad era vivienda. Lo que persigue el tipo penal es evitar construcciones o edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable y ello es lo que se realizó en el presente caso.

#### La sentencia es recurrida por la acusación popular. Los motivos de recurso

son:

-en primer lugar, invoca su legitimación como acción popular, habiendo incurrido la sentencia en infracción de los artículos 24 y 125 de la Constitución española, 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 101, 270 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Llama la atención que esta cuestión se resolvió en sentencia, cuando debió de resolverse al inicio del juicio, evitando así su celebración respecto del que luego resultó absuelto por entender la falta de legitimación, máxime cuando coinciden todos los magistrados en dicha opinión (incluido el voto particular). El apelante, concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero, y también ciudadano (*preocupado por el impacto que tiene en el territorio la actuación de los acusados en un espacio natural prácticamente virgen*), considera que puede ejercitar la acción popular para denunciar unos hechos susceptibles de ser considerados prevaricación urbanística y cuyo perjudicado es difuso, ya que de no hacerlo quedarían impunes. Su legitimación se ha reconocido en todo momento hasta la sentencia, e incluso, se estimó el recurso de apelación interpuesto por su parte contra el auto de fecha 28 de noviembre del 2019 por el cual se acordaba el sobreseimiento provisional de la causa respecto a Luis Francisco, revocándolo y mandándolos seguir adelante el procedimiento. La interpretación de la sentencia considerando que como las corporaciones de derecho público no pueden constituirse en acusación popular, tampoco lo pueden hacer sus concejales, es contrario a la configuración de la acción popular, tal y como viene regulada en el artículo 125 de la Constitución Española, y al derecho a la tutela judicial efectiva que se niega. Niega, por otra parte, que se infrinja el principio de igualdad de armas por el hecho de que existan dos acusaciones. Invoca una sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 2022 confirmada por la de esta Sala de 14 de noviembre de 2022.

- en segundo lugar, errónea valoración de la prueba. A partir de los hechos probados de la sentencia principal, del voto particular y los razonamientos del propio auto de la Audiencia de 13 de febrero de 2020, entiende el recurrente que sí se podrá revisar el

relato fáctico, cuando se trate de valoración de pruebas como documentales, periciales o inferencias y no de pruebas personales en las que la inmediación es determinante; y por ello se entiende que es posible revisar sentencias absolutorias, que de lo contrario se convertirían en irrecuperables. Aunque respecto a Luis Francisco no existen hechos probados, sí que fue celebrado un juicio contra él con todas las garantías, y puede ser enjuiciado en la segunda instancia, y puede concluirse, de las pruebas no personales (documentales y periciales) que cometió el delito del artículo 321 del Código Penal, del que se le acusa y adhesivamente el Ministerio Fiscal, por cuánto en el peor de los casos omitió la realización de inspecciones de la obra nueva

ejecutada por su hijo y también acusado Valeriano. El alcalde se autoconcede una licencia para una obra en una caseta de aperos, y permite que su hijo construya en su lugar una vivienda unifamiliar aislada, omitiendo el informe del arquitecto, y de la secretaría del ayuntamiento y omite dar cualquier explicación al respecto a los que en debida forma lo solicitan, al tiempo que incoa expediente sancionador a otros vecinos por otras obras y sólo cuando intervine el Seprona y constata que lo que se está ejecutando no es una caseta de aperos, sino que trata de una vivienda legaliza la obra, y además en una forma que no existe en la ley y que no es posible por no respetar la legalidad urbanística.

**-a continuación, infracción del artículo 319.2 del Código Penal. Cree el recurrente que con respecto a Valeriano, los hechos que se declaran probados pueden integrar este tipo penal, que no se ha aplicado debidamente**, haciendo suya la argumentación del magistrado discrepante, y ello porque la sentencia declara probado que

ejecutó una construcción que no era autorizable en el momento en el que se construyó nidespués, y sin embargo se absuelve a Valeriano con el argumento de que el Ministerio Fiscal no

ha puesto en duda la legalidad del expediente de legalización de la obra, y porque la obra se ajustaba a la legalidad en el momento del enjuiciamiento, por haber sido legalizada mediante Decreto municipal de 6 de julio de 2020. Al contrario, ha de estarse al momento de consumación de la infracción penal, determinado por la fecha de ejecución de la edificación. No es invocable el principio de intervención mínima, que se aparta de muchas otras sentencias dictadas por la Sala y de la doctrina del Tribunal Supremo. La conducta no deja de ser típica por la mera posibilidad de cambiar el planeamiento en la normativa urbanística, y como el suelo donde se estaban construyendo los inmuebles era rústico, no era posible la legalización.

**- y, por último, infracción del artículo 319.3 del Código Penal, por cuanto la reparación en forma de demolición de la construcción, como medida de carácter civil, será en principio la regla general para evitar la consolidación de situaciones antijurídicas, lo cual no constituye una agravación de la pena, sino simplemente la reparación de la conducta.** Si se actuase de conformidad a lo solicitado con el Ministerio fiscal, es decir, que se proceda a la demolición de todo lo construido que exceda de la licencia concedida por el Ayuntamiento con fecha 9 de agosto del 2017, conllevaría que Valeriano consiguiera su propósito y se quedaría con un chalé en medio de un paraje virgen y privilegiado. La Sala debe entrar a analizarse de construcciones ilegalizable o no a la vista de los informes técnicos obrantes en autos.

**Por ello, solicita la acusación popular** que se dicte en su día sentencia por la que, estimando el recurso, se condene a Luis Francisco en los términos solicitados en el escrito de acusación y a Valeriano en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal, excepto en lo referido a la demolición de la edificación que interesa sea demolida en su totalidad, dejando la finca en su primitiva y original estado, con imposición de costas, incluidas las de la acusación popular. Y **subsidiariamente**, para el supuesto de que se considere que no es posible condenar a los dos acusados en segunda instancia, tras revocar la sentencia absolutoria, por entenderse que es necesaria la revisión de la prueba personal para resolver el recurso de apelación, se interesa el derecho a que se proceda a decretar la nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento de la celebración de la vista, ordenando la práctica de un nuevo juicio ante el tribunal diferente y todo ello con imposición de costas.

**El Ministerio Fiscal, por un lado, formula su propio recurso de apelación respecto de la absolución de Valeriano** al que considera que se le debe condenar como autor de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal; **y, por otra parte, se adhiere al recurso interpuesto por la acusación popular por lo que se refiere a Luis Francisco**, tanto en lo que se respecta a su legitimación como acusación popular, como en cuanto al fondo del asunto y su responsabilidad como autor de un delito de prevaricación, acusación a la que efectivamente el Ministerio fiscal se adhirió tras la celebración de la vista. **Con respecto a Valeriano** se considera que se debe dictar una sentencia condenatoria porque construyó una obra nueva en distinta ubicación que la caseta de aperos preexistente, bajo licencia municipal de obra menor para la ampliación y reforma de una

casetas de aperos radicada en la referida parcela, y llevó a cabo una obra no amparada por la licencia concedida, compatibles con una vivienda; y que tras la eliminación de electricidad, fontanería, alicatado y chimeneas, así como ventanas, por Decreto de la alcaldía de 6 de julio de 2020 se concedió licencia al acusado, legalizando la construcción. Ya por el solo hecho de haber realizado una construcción no autorizable en suelo no urbanizable, tal y como consta en los informes periciales, de los técnicos, del arquitecto municipal y de la Comisión territorial de urbanismo (que era una vivienda y no una caseta de aperos), supone un uso prohibido del suelo, y el delito se habría producido por la sola construcción. El término autorizable no es un cheque en blanco, por cuanto una edificación no acorde con el ordenamiento urbanístico y que ataca la legalidad penal, no puede ser legalizable. Si se permitiese modificar o eliminar los elementos que no se ajusta a las normas urbanísticas, por otra que sí lo sea, bien porque se modifican los planeamientos o las propias normas urbanísticas o bien porque se modifica

la construcción, haría que el artículo 319 quedase hace falta de contenido y abriría una compuerta la impunidad, pues actuaciones constructivas o edificatorias constitutivas del delito, con una mera modificación, podrían ser legalizadas y de esta forma despenalizase una conducta de por sí punible. La valoración penal de lo que es o no autorizable se ha de hacer al momento de la perpetración de los hechos, y no a posteriori. Al contrario del argumentado en sentencia, la infracción cometida es grave y no puede operar el principio de intervención mínima, ya que los hechos contra la Ordenación del Territorio van más allá del incumplimiento de requisitos administrativos, sino que afecta a valores tan importantes como el medio ambiente, el uso proporcionado de las construcciones y edificaciones tratando de preservar el uso que le es propio; y en el presente caso se pretendió un uso residencial en suelo rústico común.

**Los acusados se oponen a los recursos, solicitando la confirmación de la sentencia recurrida.**

**SEGUNDO. – Hemos de tener en cuenta, ante todo, que lo que se recurre es una sentencia absolutoria.** Existiendo dos acusados resulta que respecto de uno de ellos, Luis Francisco, al que se le imputa un delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal, ni siquiera se habría entrado a analizar su posible comisión, dado que se concluye, que el querellante, acusador popular, carece de acción para solicitar su condena; mientras que respecto del otro acusado, Valeriano, se dice estimar una cuestión previa consistente en la posterior regularización administrativa de las obras, de manera que

tampoco se analiza la comisión del ilícito penal que se le imputa, que es el delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2 del Código Penal. En definitiva, en uno y en otro caso, no habría existido valoración de la prueba practicada respecto de la comisión de los ilícitos penales que se imputan, clara y abiertamente en el primero de los casos, y en el segundo de los casos únicamente de soslayo, considerando que la legalidad urbanística ha sido restaurada.

En relación con el **recurso de apelación contra sentencias absolutorias**, este mismo Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Civil y Penal, desde las sentencias dictadas con fecha 26 de noviembre de 2.018 y 7 de octubre de 2.019, tiene dicho que la adaptación a las exigencias constitucionales y europeas, llevada a cabo por la reforma operada en la LECrim por la Ley 41/2015, de 5 de Octubre, impide condenar al acusado que haya resultado absuelto en primera instancia o agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas cuando el motivo esgrimido sea, precisamente, dicho error. En tales casos, el Tribunal superior podrá anular la sentencia siempre que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada (art. 790. 2º, 3), debiendo concretar si la nulidad ha de extenderse al juicio oral, y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa (art. 792. 2º, 2). Por su parte, la STS 58/2017, de 7 de febrero, nos dice que el motivo adecuado para la impugnación de las sentencias absolutorias y su sustitución por otra de condena es el que, residenciado en el ordinal 1º del artículo 849 LECrim., tiene por fundamento la infracción de ley.

En otro orden de cosas, la STS 363/2017, de 19 de mayo -con cita de las SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, 21/2009, de 26 de enero, 24/2009 de 26 de enero ó191/2014, de 17 de noviembre, entre otras-, recuerda la quiebra de los principios de

publicidad, inmediación y contradicción integrados en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución, que supone una condena "ex novo" a la hora de resolver un recurso de apelación contra una sentencia que en la primera instancia hubiera sido absolutoria, por cuanto que toda condena -afirma- para ser fiel a aquellos principios debe fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que la dicta y desarrollada en un debate público en el que se dé oportunidad

para la contradicción de la totalidad del acervo probatorio. Por ello -sigue diciendo-, cuando en fase de recurso se plantean cuestiones de hecho relacionadas directa o indirectamente con la valoración de pruebas personales de las que depende la condena "ex novo" del acusado, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una mutación de los hechos probados que revierta la absolución en condena, si no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público con posibilidad de contradicción.

De todo ello se deduce que existen dos vías para la pretendida modificación de una resolución absolutoria, bien que la impugnación se base en una errónea valoración del material probatorio, bien que se fundamente en una diversa interpretación de una norma. En el primer supuesto, esto es, cuando la revisión condenatoria se realice modificando la apreciación de los hechos se debe ser especialmente cuidadoso con los antedichos principios so pena de incurrir en una nulidad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en no pocos supuestos (por todas, Sentencias de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) ó 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández). En el segundo, resulta admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica como sería modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll contra España; de 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios contra España; de 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández contra España; de 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez contra España; de 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Caler contra España; de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo contra España; de 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras contra España; de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García contra España y Sentencia de 14 de enero de 2020, caso Pardo Campoy c. España).

En idéntica línea, el Tribunal Constitucional en SSTC 143/2005, de 6 de junio, 2/2013, de 14 de enero y 88/2013, de 11 de abril, ha descartado la 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, 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)"*.

El artículo 846 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con las apelaciones contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, remite a los artículos 790,791 y 792 de dicha Ley Procesal Penal. Y el artículo 792.2 establece que *"la sentencia de apelación no podrá condenar al encasado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos del artículo 790.2. No obstante, la sentencia, absolución o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa"*. Por su parte, el párrafo 3º del artículo 790. 2 de LECrim afirma que *"cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada"*. Insuficiencia o falta de racionalidad, apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia u omisión de todo razonamiento son, pues, las únicas razones sobre cuya realidad permitiría el legislador, con estimación del referido motivo de impugnación, decretar la anulación de la sentencia que adoleciese de tales vicios o agravar, en su caso, la condena por ella impuesta.

No tiene encaje en este motivo, por tanto, la eventual discrepancia que pueda llegar a tenerse con la valoración probatoria que ha efectuado el Tribunal, por lo que lo que debe de hacerse en la alzada, consecuentemente, no es ponderar aquélla frente a la que se efectúa por las partes que la contradigan sino analizar, tan sólo, si la realizada por la sentencia impugnada se adecúa a las más elementales reglas de la lógica o si, por contra, se ha apartado de las máximas de experiencia o ha omitido cualquier razonamiento sobre cualquier prueba que sea verdaderamente relevante. Esto es, como sostiene una pacífica jurisprudencia, si las inferencias apreciadas por el Tribunal no resultan irrationales, arbitrarias o absurdas.

Además, en el supuesto que nos hallemos ante una sentencia absolutoria y, a la hora de apreciar cualquier eventual omisión en su fundamentación, no podemos acudir a idénticos parámetros que, si estuviésemos valorando un posible error en una resolución condenatoria, por cuanto el nivel de exigencia a la hora de fundamentar éstas resulta más elevado so pena de vulnerar la presunción de inocencia de la que goza a cualquier persona. Esto es, mientras que en las sentencias condenatorias el esfuerzo de fundamentación debe ser más riguroso para razonar a través del mismo el eventual enervamiento de tal derecho constitucional, la exigencia motivadora de las absolutorias únicamente debe de satisfacer el principio dirigido a la interdicción de la arbitrariedad.

**TERCERO.- Analizaremos en un orden lógico, el primer motivo de recurso esgrimido por la acusación popular, y al que se ha adherido el Ministerio Fiscal, y que se esgrime contra la conclusión de la sentencia de considerar que el querellante Ezequiel, concejal en el momento en el que se hace la construcción ilegal y en todo caso ciudadano español, no puede ejercitar la acusación popular, adelantando ya desde el primer momento que no estamos de acuerdo con esta conclusión, que a nuestro juicio supondría una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, aplicándole una limitación que no tiene respaldo legal.**

### **I. Posiciones de los recurrentes y de la sentencia.**

**Razona el recurrente** que se le niega legitimación como acción popular, habiendo incurrido la sentencia en infracción de los artículos 24 y 125 de la Constitución española, 19.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 101, 270 y 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. La cuestión, planteada como cuestión previa, debió de resolverse al inicio del acto del juicio, y no en sentencia, evitando así su celebración respecto del que luego resultó

absuelto por entender la falta de legitimación, máxime cuando coinciden todos los magistrados en dicha opinión (incluido el voto particular). Argumenta el apelante, concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero, y ciudadano, que puede ejercitar la acción popular para denunciar unos hechos que de no haberlo hecho quedarían impunes, y lo demuestra el hecho de que existiendo sobre lo que es objeto de controversia una denuncia anónima en el Ayuntamiento, nada se hizo y solo se descubrió a raíz de la intervención del Seprona, porque así se lo mandó el juzgado como consecuencia de la querella interpuesta. La interpretación de la sentencia considerando que como las corporaciones de derecho público no pueden constituirse en acusación popular, tampoco lo pueden hacer sus concejales, es contrario a la configuración de la acción popular, tal y como viene regulada en el artículo 125 de la Constitución Española y al derecho a la tutela judicial efectiva que se niega. Niega, por otra parte, que se infrinja el principio de igualdad de armas por el hecho de que existan dos acusaciones, lo que además no se da en el presente caso, ya que frente a Luis Francisco solo existió acusación popular, y el Fiscal no acusó hasta las conclusiones definitivas y por adhesión; y respecto de Valeriano la acusación popular y la pública del Fiscal era la misma. Invoca una sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 2022, confirmada por la de esta Sala de 14 de noviembre de 2022. Pone de manifiesto que nunca antes las defensas de los acusados cuestionaron la legitimación de la acusación popular, y que el tipo de delito que se investiga - prevaricación urbanística-son de aquellos que afectan a bienes de titularidad colectiva o de naturaleza difusa, y los que posibilitan el ejercicio de la acción popular, cuya defensa no puede ser monopolizado por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado o el Ayuntamiento. Y, por último, señala que el querellante interviene no solamente como concejal, sino como vecino de Hoyocasero, preocupado por el impacto que tiene en el territorio la actuación de los acusados en un espacio natural prácticamente virgen, que es lo que pretende proteger el delito urbanístico. Señala, por último, que a lo largo de toda la instrucción, fase intermedia y enjuiciamiento nunca se ha negado legitimación activa al querellante, existiendo numerosas actuaciones al respecto, e incluso la propia Audiencia Provincial de Ávila, en auto de fecha 13 de febrero de 2020 desestimó el recurso de apelación presentado por Valeriano, ordenando continuar el procedimiento respecto de él por los trámites del procedimiento abreviado, y estimó el recurso de apelación interpuesto por el querellante contra el auto de fecha 28 de noviembre del 2019 por el cual se acordaba el sobreseimiento provisional de la causa respecto a Luis Francisco, mandándolos seguir adelante y por los trámites del procedimiento abreviado. Por ello, se debe declarar la legitimación activa del querellante para ejercitar la acción popular frente a Valeriano y Luis Francisco, y por eso

también la del Ministerio Fiscal frente a este último, ya que se adhirió a la calificación de la acusación popular en fase de conclusiones definitivas, y por ello debe anularse la sentencia recurrida concretando necesidad de extenderse al juicio oral, y si el principio de imparcialidad lo exige, una nueva composición del órgano de primera instancia.

El Ministerio Fiscal **se adhiere al recurso interpuesto por la acusación popular por lo que se refiere a Luis Francisco**, tanto en lo que se respecta a su legitimación como acusación popular, como en cuanto al fondo del asunto y su responsabilidad como autor de un delito de prevaricación, acusación a la que efectivamente el Ministerio fiscal se adhirió tras la celebración de la vista.

Por su parte la sentencia **dictada concluye que siendo** la acusación popular formulada por Ezequiel la única ejercitaba respecto de Luis Francisco por la presunta comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código Penal, procede la absolución, ya que éste carece de legitimación activa para hacerlo por cuanto no concurre interés social, y la obra ha sido objeto de legalización. Y careciendo de legitimación, y no ejercitando la acción pública el Ministerio Fiscal, es de aplicación el principio acusatorio y no puede ser condenado Luis Francisco. La querella que dio origen a las presentes actuaciones se formuló por Ezequiel - concejal del Ayuntamiento de Hoyocasero- en calidad de acusación popular, y únicamente contra el querellado Luis Francisco por la presunta comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320.1 del Código

Penal. Las normas penales atribuyen acción penal a los perjudicados en el ejercicio de la acusación particular y también a todos los ciudadanos españoles a través de la acción popular, pero en este último caso para evitar abusos, y cuando lo que se trata es defender intereses difusos (es decir aquellos delitos que no tienen un perjudicado definido), como lo es el delito de prevaricación administrativa, la única forma de personarse en actuaciones penales es a través del ejercicio de la acción popular. Pero la acción popular en el caso de personas jurídico públicas, y cuando se trata de intereses difusos ha de ser correctamente delimitada, sobre todo en los casos en las que más se ejerce, como es la violencia contra la mujer y la corrupción urbanística, y así como en el primer caso existe un respaldo legal de esta acción popular (Ley Orgánica 1/ 2004 y diversas leyes autonómicas), en el caso urbanístico la acción pública que pertenece a la sociedad en general se ve representada por el Ministerio Fiscal, constitucionalmente regido por los principios de legalidad, imparcial y unidad, y no por la Administración, que no puede irrogarse una acción pública penal con la excusa de su posible conexión con alguna de sus competencias, y si observa algún ilícito lo

tiene que poner en conocimiento del Ministerio Fiscal. Puede ejercer la acusación particular como ofendido o perjudicado, pero no se puede personar como acusador público si no existe una norma expresa habilitante como es en este caso, y así un ente público territorial no puede ejercer una acción popular y la acción pública penal solo le corresponde al Fiscal. En el presente caso, no existe ninguna ley de ámbito estatal o ámbito autonómico que legitima a las corporaciones o entidades locales para el ejercicio de una acción popular para la persecución de los delitos contra la ordenación del territorio, por más que los Ayuntamientos tengan competencia en materia de urbanismo, y **por lo tanto no puede ni el Ayuntamiento ni ninguno de los funcionarios públicos que prestan servicio, incluido los concejales (que no pueden considerarse directamente ofendidos o perjudicados por los delitos que han podido cometer otros integrantes de la corporación en el ejercicio de sus funciones), ejercitar la acción popular y así el auto dictado por esta misma audiencia con fecha 22 de julio de 2021**. Siendo la única parte que sostenía la acusación contra Luis Francisco, no cabe sino absolverle del delito del artículo 320.1 del Código Penal, sin que esta decisión pueda modificarse por el hecho de que en trámite de conclusiones el Ministerio Fiscal modifique las provisionales, y se adhiriese a la acusación formulada por la acción popular en relación a Luis Francisco, por cuanto ello violenta el principio acusatorio, ya que la adhesión ha de correr la misma suerte que la acusación principal, no siendo admisible desde el punto de vista del derecho de defensa y del principio acusatorio que en el trámite de conclusiones definitivas el Ministerio Fiscal introduzca por primera vez una pretensión punitiva, aun cuando sea por vía de adhesión a una acusación expulsada del procedimiento por unos hechos en relación con una persona respecto a la que en fase de instrucción y en calificación provisional no había considerado meritoria de reproche penal.

**Destacar el matiz que introduce el voto particular** que si bien está de acuerdo con el argumento de la sentencia al respecto de que el querellante tenía falta de legitimación para ejercitar la acción popular respecto del alcalde Luis Francisco, e igualmente el Ministerio Fiscal para adherirse en fase de conclusiones definitivas; no está de acuerdo en tal afirmación respecto de Valeriano, hijo del alcalde, contra quien también se dirigía la acción popular solicitando condena por un delito contra la ordenación del territorio y para lo cual se considera que sí tiene legitimación, dado que la obra fue legalizada por Decreto de 6 de julio del 2020 y en ese momento el querellante no era concejal, ni el padre de Valeriano era alcalde. Ha de tenerse en cuenta que la primera licencia se obtuvo el 9 de agosto del 2017,

*"La STC nº311/2006, de 23 de octubre , parte del principio general de que las entidades jurídico- públicas no son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión y existiendo en este momento imposibilidad en el querellante para el ejercicio de la acción popular, y que en el mes de julio del 2019 se aportó por Valeriano, documentos para la legalización de la edificación de la caseta de aperos, a raíz de la cual se concedió licencia, si bien para un uso distinto y ello por Decreto de 6 de julio del 2020. Y en este sentido la Sala no ha examinado si la concesión de la segunda licencia era o no conforme a derecho, dando por supuesto que el Fiscal solo se refería a la primera licencia y no a la legalización de la segunda, y como se concedió esta segunda licencia la sentencia considera que procede la absolución, lo que deja en indefensión a la acusación.*

**II. Tras analizar el recurso, y la sentencia consideramos que tiene razón el recurrente, y que en este caso, negando legitimación al concejal y ciudadano Ezequiel para el ejercicio de la acción popular, se está produciendo una vulneración de su derecho de defensa, en su aspecto de derecho de acceso a la jurisdicción, y se está dando una interpretación restrictiva y contra actione del mecanismo de la acción popular regulado en el artículo 125 de la Constitución española, y ello sin una cobertura legal expresa que asílo establezca.**

**El artículo 125 de la Constitución española establece que los ciudadanos podrán ejercer la acción popular... en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine.** La acción popular puede

ser ejercitada por cualquier ciudadano, no ofendido ni perjudicado directamente por el hecho delictivo, amparados por el derecho a la tutela judicial efectiva en su actuación con plena legitimación. El ejercicio de la acción popular deberá respetar las exigencias del artículo 270 en relación con el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contempla este derecho constitucionalmente reconocido a todos los ciudadanos españoles con el fin de perseguir el castigo del culpable que corresponde exclusivamente al Estado. Por el primer precepto, se afirma que la acción penal es pública y permite su ejercicio a todos los ciudadanos españoles con arreglo a las prescripciones de la Ley, lo que excluye el monopolio de la acción pública por el Ministerio Fiscal. Por el segundo, se faculta a los ciudadanos, ofendidos o no por el delito a querellarse ejercitando la acción popular. Limitaciones al ejercicio de la acción penal se recogen en los artículos 102 y 103 de la misma Ley, en los que han sido incluidas restricciones que afectan a determinadas personas (*el que no goce de la plenitud de los derechos civiles, el que hubiera sido condenado dos veces por sentencia firme como réo del delito de denuncia o querella es calumniosas y el juez o magistrado, salvo las excepciones contenidas; y los cónyuges, a no ser por delito o falta cometido por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos y por el delito de bigamia, y los*

*"La STC nº311/2006, de 23 de octubre , parte del principio general de que las entidades*

*jurídico- públicas no son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión y*

*ascendientes descendientes y hermanos por naturaleza por acción o por afinidad a no ser por delitos cometidos los unos contra las personas de los otros), y otras limitaciones surgen del Código Penal y excluyen la acción popular: artículos 191 y 296 del Código Penal, (agresión y acoso sexual y delitos societarios), de manera que existen determinadas limitaciones de personación relacionadas con los delitos privados y semipúblicos y otros de especial previsión legal. En definitiva, la acción popular es una facultad de instar la persecución de un ilícito penal, aunque no se trate del ofendido por el delito, sino de una mera persona que considere pertinente la aplicación del ius puniendi del Estado. Ello se deriva de que el sistema penal español permite instar la persecución de los ilícitos penales no sólo a un organismo oficial como es el Ministerio Fiscal, sino también a los ciudadanos. Frente a la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal, la acción popular se configura como derecho de todo ciudadano a obtener la tutela judicial efectiva en cuanto a su pretensión de perseguir la comisión de un hecho ilícito penal, lo cual está reconocido en la propia Constitución Española. Además de ese concepto genérico de acción popular como acción de persecución de ilícitos penales concedida a todo ciudadano, existe un concepto más restringido de acción popular entendida como acción que ejercita la acusación popular, es decir, la que ejerce una persona no ofendida directamente por el delito. Esta definición deriva de distinguir una acusación particular en sentido estricto, que es la que sostiene el ofendido por el delito, y una acusación popular ejercitada por quien no es ofendido por el delito, ni es víctima, ni su heredero o representante. Cuando la acción popular se entiende en sentido estricto como acción de persecución de un hecho ilícito penal por persona no ofendida por el delito, precisamente por no ser víctima del ilícito penal, se le exigen una serie de requisitos de capacidad, legitimación y postulación más estrictos que al ofendido por el delito.*

En el caso de las personas jurídico-públicas, que no privadas, existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que estudia la sentencia impugnada, que introducen limitaciones y que a nuestro juicio no son determinantes ni concluyentes, y siempre referidas a personas jurídico-públicas, y no a personas individuales, como es el caso, por más que sea concejal de un ayuntamiento. Esta doctrina se condensa en el **auto de 13 de marzo de 2007 de la Sala II del Tribunal Supremo, en el recurso número 20238/2006, que expresó lo siguiente, resumiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:**

*"La STC nº311/2006, de 23 de octubre , parte del principio general de que las entidades*

*jurídico- públicas no son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en toda su extensión y*

*contenido, trayendo en este punto a colación el contenido de la STC 175/2001, de 26 de julio , acerca de los supuestos excepcionales antes referidos. Y añade que la denegación de la personación a una entidad pública en el procedimiento penal, para ejercer la acción popular, tiene relevancia constitucional en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del que es titular la citada entidad pública, al tratarse de la denegación del acceso a la jurisdicción penal. La fundamentación la encuentra en que se trata de un ámbito procesal en el que, por excepción, los sujetos públicos pueden invocar el artículo 24.1 de la Constitución frente a los Jueces y Tribunales.*

*La Sentencia tras efectuar una serie de afirmaciones generales acerca del ejercicio de la acción popular, añade que respecto a la interpretación del artículo 125 de la Constitución , y especialmente sobre el término "ciudadanos", es cierto que en la STC 129/2001, de 4 de junio , se mantuvo que es un concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas; pero que esta decisión es previa*

a la Sentencia de Pleno 175/2001, de 26 de julio, en la que se afirmó que si bien la ampliación del término "ciudadanos" del artículo 53.2 a las personas jurídico-privadas no justifica por sí misma la ampliación subjetiva de forma automática a las personas jurídico-públicas, sin embargo, tampoco lo impide a la luz del reconocimiento de la titularidad de ámbitos específicos del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión a las personas jurídico-públicas que la citada Sentencia establece.

Y añade que, sobre el contenido del término "ciudadanos" en su utilización por el artículo 125 de la Constitución, el argumento terminológico es insostenible desde el momento en que, con relación a otros preceptos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha entendido que el término en cuestión no se refiere exclusivamente a las personas físicas. Y ello porque si el término "ciudadanos" del artículo 53.2 de la Constitución ha de interpretarse en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el artículo 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular.

A continuación, distingue entre los supuestos de hecho de la STC 129/2001, de 4 de junio, y de la propia STC nº 311/2006, de 23 de octubre. La STC 129/2001, de 4 de junio tuvo su origen en una querella por delito de calumnias a una policía autónoma, respecto del cual regía la normativa procesal general, esto es, la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, aunque prevé con carácter general el ejercicio de la acción popular en todo tipo de procesos (artículo 101), no contiene previsión específica alguna habilitadora para su ejercicio por las Administraciones públicas. Por consiguiente, fue en el ámbito de esta regulación legal en el que la citada Sentencia examinó la denegación de la legitimación del Gobierno Autonómico por los órganos judiciales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, concluyendo en la inexistencia de vulneración de dicho derecho por la argumentación realizada por los órganos judiciales en las resoluciones impugnadas en amparo.

Sin embargo, la regulación legal es distinta en el caso del supuesto de hecho de la STC nº 311/2006, de 23 de octubre. A la regulación general para todos los procesos penales se unía una previsión específica sobre el ejercicio de la acción popular por la Administración Pública en el proceso penal sustanciado (se trataba de hechos que se enmarcaban en la denominada violencia de género). Esa norma concreta era el artículo 36 de la Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, dictada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Valenciana.

A la vista de lo expuesto, la Sentencia concluye que, existiendo una ley vigente, no impugnada ante el Tribunal Constitucional, que preveía la posibilidad de ejercicio de la acción popular por la entidad jurídico-pública, no se podía negar sin más la aplicación de este precepto. Si el órgano judicial tenía dudas sobre la constitucionalidad del artículo 36 de la Ley de las Cortes Valencianas 9/2003, de 2 de abril, debido a que, según su criterio, invadía competencias estatales al configurar una forma de acusación no prevista en la legislación común, debió plantear la cuestión de constitucionalidad. La inaplicación por parte del órgano jurisdiccional correspondiente del precepto autonómico sin plantear, previamente, la cuestión de constitucionalidad, con audiencia previa de la entidad, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del que era titular la entidad pública.

Tras este resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional y de las resoluciones dictadas por esta Sala, se constata que la doctrina del Tribunal Constitucional ha sufrido una evolución, que, sin embargo, debemos entender como inacabada. En primer lugar, la Sentencia nº 129/2001, de 3 de julio, negó la posibilidad de que las entidades jurídico-públicas pudieran ejercitar la acción popular, en la medida en que no podían ser incluidas en el término "ciudadanos" al que se refiere el artículo 125 de la Constitución. Con posterioridad, en la Sentencia nº 175/2001, de 26 de julio, no se recogen afirmaciones concretas referidas al ejercicio de la acción popular, pero sí principios generales sobre cuáles son los derechos que las entidades jurídico-públicas ostentan en el proceso, entre ellos el derecho de acceso a la jurisdicción. Y, finalmente, tenemos la Sentencia nº 311/2006, de 23 de octubre, que sí se refiere a un supuesto concreto de ejercicio de la acción popular por parte de una entidad jurídico-pública, pero no afirma con rotundidad que ese ejercicio sea legítimo. Y decimos esto porque la sentencia no sostiene con claridad que las personas jurídico-públicas sean titulares de la acción popular. Esta afirmación no se contiene nítidamente en ella, sino que resuelve la cuestión acudiendo a una vía indirecta: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la entidad pública si el órgano jurisdiccional correspondiente desoye, sin plantear la previa cuestión de constitucionalidad, un precepto legal que reconoce a su favor el ejercicio de la acción popular. Por eso, decíamos antes que la evolución es inacabada, y buena prueba de ello es la afirmación que esta sentencia contiene, cuando manifiesta que "lo razonado no implica un juicio sobre la constitucionalidad abstracta de la ampliación de la acción popular a las personas públicas, juicio que sólo podríamos realizar en caso de que la ley que así lo establezca fuera recurrida ante este Tribunal".

Es decir, la Sentencia nº 311/2006, de 23 de octubre, no niega con la rotundidad que lo hace la Sentencia nº 129/2001, de 3 de julio, que las entidades jurídico-públicas puedan ejercer la acción popular, pero tampoco afirma que puedan hacerlo. Lo único que afirma es que si una entidad jurídico-pública ejerce la acción popular porque así lo reconoce un precepto legal (sobre cuya constitucionalidad el Tribunal Constitucional no se

*pronuncia) y el órgano jurisdiccional no tiene en cuenta este precepto, pero tampoco plantea una cuestión de inconstitucionalidad, entonces se causa indefensión a la entidad".*

Por otra parte, no existe una enumeración de aquellos procesos penales por tipo de delito en los que se puede ejercitar la acción popular, y nosotros pensamos que cualquier limitación al derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de la acción particular o de la acción popular, por la trascendencia que tiene, debe venir regulada expresamente, y debe haberse una interpretación "pro actione". No nos vale el argumento de que siendo las acusaciones populares que más se ejercitan las que se dan en el ámbito de la violencia sobre la mujer, y en el ámbito de las cuestiones urbanísticas, en los primeros de casos está previsto en la ley al contrario que en los segundos, por cuanto la norma general es que no exista un elenco de procesos o de delitos en los cuales se puede ejercitar la acción popular. También nos parece una interpretación que carece de cobertura legal, el hecho de que habiéndose establecido limitaciones al ejercicio de la acción popular por parte de las corporaciones públicas, éstas sean extensivas a los ciudadanos que las puedan integrar, ya que ello supone una interpretación contraria al mecanismo de la acción popular reconocido en el artículo 125 de la Constitución Española, y máxime en casos como el que ahora nos ocupa, encontrándonos ante un Ayuntamiento de menos de 300 habitantes, en el que la acción popular la ejercita un concejal y además ciudadano. No estamos de acuerdo en aplicar a un concejal del ayuntamiento el mismo régimen que se aplica a una corporación de derecho público. Ello es algo que no está establecido en la ley, siendo más acorde asimilar al concejal a cualquier ciudadano y no lo deja de ser un concejal de un Ayuntamiento, que puede ejercitar la acción popular, ya que lo contrario vulneraría el principio de igualdad. Debemos contextualizar el lugar en el que se produce en conflicto que es un Ayuntamiento de pequeñas dimensiones, de menos de 300 habitantes, en las que no se perfila otra forma de mantener la legalidad como la que aquí se está ejercitando.

**Además, el ejercicio de la acusación popular fue ratificada tras la celebración del juicio, ya que el Ministerio fiscal que se adhirió a la petición de condena formulada en fase de conclusiones definitivas.** Por razones de oportunidad o

simplemente por la existencia de una apariencia formal de legalidad o por cualquier otra razón, resultó que el Ministerio Fiscal no ejercitó la acción penal contra el Alcalde de Hoyosacero por la presunta comisión de un delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código Penal. En fase de conclusiones provisionales, lo cierto es que el Ministerio Fiscal no ejercitó acusación, y en ese momento determinante, que posibilitaría la celebración del juicio, la acción popular fue la única que pidió acusación, resultando que con posterioridad y tras la celebración del juicio el Ministerio fiscal se adhiere a la petición del condena de la acusación popular, lo cual implícitamente supone el reconocimiento de un error en el ejercicio de la acción penal, ya que como es bien sabido es el acto del juicio el momento en el que los hechos deben ser puestos de manifiesto con amplitud.... En definitiva, si negáramos legitimación al acusador popular concejal en acontecimientos como el que ahora se está enjuiciando, muy difícilmente llegarían a la vía penal.

En el presente caso denuncia un concejal al alcalde, por la actuación realizada en contra de la normativa urbanística, en beneficio de su hijo, y en este concejal no se adivina otra motivación, o por lo menos no ha quedado acreditada, que no sea la de actuar en beneficio de la legalidad urbanística y del medio ambiente, bienes jurídicos protegidos por los delitos contra la Ordenación del Territorio. Es decir, no existe la sospecha de que utilice el ejercicio de la acción popular en por de intereses partidistas o corporativistas.

Y efectivamente no existe norma legal alguna que prevea que un miembro de una corporación legal y partido político, puede ejercitar la acusación pública, y ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo el que ha interpretado como en determinadas circunstancias, determinadas personas jurídico públicas no pueden ejercitar la acusación popular, y así una administración local o los partidos políticos, pero no estamos de acuerdo que haya dicho que los concejales de un Ayuntamiento no puedan ejercitárla. No existe, por otra parte, norma legal alguna que establezca en qué supuestos se puede ejercitar la acusación popular, y solo han sido en supuestos muy delimitados en los que se ha considerado que un conjunto de ciudadanos, al hilo de la doctrina del Tribunal Constitucional, no pueden equivaler al concepto de ciudadanos que pueden ejercitar la acción popular según el artículo 125 de la Constitución española.

**III. Por otra parte, no consideramos que de la jurisprudencia invocada por la sentencia pueda llegarse a la conclusión de que el concejal Ezequiel carezca de acción para ejercitar la acción popular.**

**En primer lugar, reproducimos los argumentos de nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2022, que confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Soria de 21 de marzo de 2022, qué es invocada por el recurrente, aunque aquí es otro el matiz que se pone de manifiesto.** Y es que partiendo de que el delito de prevaricación administrativa no tiene un perjudicado concreto, y es de aquellos en los que los intereses son difusos, de manera que es posible el ejercicio de la acción popular con independencia de la posición asumida por el Ministerio Fiscal, habría que estudiar si existe alguna limitación al ejercicio de esta acción cuando el que

pretende ejercitárla es un concejal de un ayuntamiento. En aquella sentencia no se planteaba el hecho de los concejales pudieran ejercitar o no la acción popular, dándose por hecho que sí podían.

**Razonábamos en aquellas sentencia: "necesariamente nos tenemos que remitir a los acertados razonamiento de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Soria**, que tras hacer un riguroso estudio de las Doctrinas Botín y Atucha, y de la forma en que esta doctrina han sido interpretadas por el Tribunal Supremo, considera correcta la legitimación de la acción popular en este caso, en el que se investigó, y ahora se enjuicia, un delito de prevaricación administrativa, y en el que el Ministerio Fiscal en la fase intermedia no ejercitó acusación, y si solo en fase de alegaciones definitivas adhiriéndose a la de la acción popular, entendiendo que procesalmente no podía existir una acusación particular al uso, dado el carácter indefinido del perjuicio causado por el delito investigado, que hace que no exista un identificado sujeto pasivo del delito. En definitiva, y como razona la sentencia impugnada invocando el reciente auto del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2021, que a su vez recuerda la doctrina sentada por la sentencia de la Sala Segunda de 14 de junio de 2018, los efectos derivados de las doctrinas Botín -que se invoca por la defensa- y Atucha, ya sea para pedir la absolución, ya sea para invocar la nulidad de actuaciones desde el auto de apertura del juicio oral, no puede entenderse sin la singularidad de cada uno de los supuestos de hecho a los que el Tribunal Supremo tuvo que dar respuesta, **y en concreto la solución derivada del Caso Botín no resulta aplicable al presente supuesto**. Y ante la invocación por parte de la defensa de que no debió haberse permitido la acusación popular, sobre la base del artículo 782.1 LECRIM, acogiendo la denominada "Doctrina Botín", sin que puedan ser tenidos en cuenta hechos posteriores ocurridos en el proceso (Ministerio Fiscal, que inicialmente solicitó el sobreseimiento, y que en fase de conclusiones definitivas se adhirió a la petición de la acusación popular, ya que si el procedimiento se hubiera archivado esta posibilidad no se hubiera producido), **razona que en el caso Botín (STS 1045/2007), habiendo instado el Ministerio Fiscal y la acusación particular representada por la Abogacía del Estado, el sobreseimiento de la causa al estimar que no estaba justificada la perpetración del delito contra la hacienda pública que había determinado la inicial incoación de las diligencias, así se acordó, ya que tanto el defensor de la legalidad por un**

Para que exista nulidad de actuaciones, en concreto la establecida en el párrafo 3 del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que los actos judiciales serán nulos de pleno

lado -el Ministerio Fiscal, y por otro la representación procesal del Estado y el defensor del erario público según la Ley -Abogacía del Estado-, a quién legalmente le corresponde la defensa del Estado (o igualmente si hubiera sido un perjudicado particular), lo solicitaban, y ello a pesar de que existía acusación popular que pedía apertura de juicio oral, sin que quepa oponer a la defensa profesional del erario público a una entusiasta defensa amateur, ejercida por todo aquel que considere que debe empeñar sus esfuerzos en neutralizar la desidia del representante y defensor legal del patrimonio del Estado, ya que lo contrario hubiera supuesto una concepción trasnochada del proceso penal. **Por otro lado, el caso Atucha es distinto (STS 54/2008)**, y así se investigaba un delito desobediencia, y sólo existía Ministerio Fiscal y acusación popular, y **lógicamente no existía acusación particular por el tipo de delito, por ausencia de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular**, y en este caso, admitir la posibilidad de que, mediando una petición de archivo por parte del Fiscal, el delito de desobediencia pueda ser interpretado conforme al prisma de una asociación, permitía reforzar el significado constitucional de la acción popular como instrumento de participación popular en la administración de justicia, de modo especial, en aquellos casos en los que la asociación querellante presenta una visible proximidad con el objeto del proceso. En definitiva, y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2018 "la confluencia entre la ausencia de un interés social y de un interés particular en la persecución del hecho inicialmente investigado, avala el efecto excluyente de la acción popular. Pero ese efecto no se produce en aquellos casos en los que los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación formal de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta la apertura del juicio oral. En estos casos la acción popular no debe conocer, en el juicio de acusación, restricciones que no encuentran respaldo en ningún precepto legal".

Por ello, en este caso, al amparo de la citada interpretación, se rechazaba la cuestión previa alegada, por las siguientes razones: a) porque los denunciantes, constituidos en acusación popular, son concejales del Ayuntamiento de Medinaceli, por lo tanto, de acuerdo con la doctrina, presentan proximidad con el objeto del proceso, en el que se denuncia un delito de prevaricación, tratándose de unos hechos en los que la hipotética inactividad de los querellantes podría afectarles; 2) no hay en este supuesto al igual que no lo hacía en el caso Atucha acusación particular, dada la naturaleza del delito (prevaricación), sino que únicamente existe acusación popular que insta la apertura del juicio oral; y 3) el delito de prevaricación (como el delito de desobediencia), carece de perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular.

En definitiva, considera la sentencia que poco importaría la conceptualización que se les haya tratado a los concejales integrantes de la acusación particular o de la acusación popular, y razona que "sin atrevernos a negarles de forma tajante la condición de acusación particular, dada su condición de

Para que exista nulidad de actuaciones, en concreto la establecida en el párrafo 3 del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que los actos judiciales serán nulos de pleno concejales del mismo Ayuntamiento, y por tanto, directamente afectados por la suspensión del acuerdo de incompatibilidad que habían votado a favor, y la posterior resolución arbitraria del recurso presentado contra dicho acuerdo, contraria de forma palmaria a la legalidad vigente, lo que no podríamos, en modo alguno, es negarles su legitimación como acusación popular, ante la posibilidad de su ejercicio por cualquier ciudadano no ofendido ni perjudicado directamente por el hecho delictivo, amparados por el derecho a la tutela judicial efectiva en su actuación como parte acusadora, con plena legitimación para interesar, en el presente caso, como hizo en su día, la apertura de juicio oral en solitario, no observando en dicho trámite irregularidad alguna, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta". Máxime cuando tras la prueba, el Fiscal ha solicitado la condena de ambos acusados en el trámite de conclusiones definitivas.

Estamos completamente de acuerdo con la solución proporcionada, e incluso con la hipotética argumentación del carácter mixto que pueden tener la personación de los querellantes, a medio camino entre la acusación particular y la acusación popular si entendiéramos que el concepto de perjuicio va más allá del puramente económico, si bien, en puridad procesal, es en este último carácter en el que se tiene que encasillar. Surgido el conflicto en el ámbito de un pequeño Ayuntamiento, de menos de 300 habitantes, en el que son precisamente el alcalde y el teniente alcalde pertenecientes a un grupo político los destinatarios de la acción penal, y por lo tanto se presume qué es el grupo mayoritario, es impensable que el Ayuntamiento se pueda personar como perjudicado en la causa, de manera que la única alternativa que tiene el grupo minoritario para conseguir que se deje de actuar de manera ilegal, ante la actuación obstrucciónista de los que encabezan el ayuntamiento, que ni quieren tratar el asunto ni cumplen con la incompatibilidad que se señala la ley, es acudir al proceso penal, ya que la solución contraria, aunque no les puede causar un perjuicio, entendiendo por tal concepto el económico, sí que les puede causar otro tipo de perjuicio derivado de su inactividad, ante lo que se considera que es una ilegalidad que no ha sido posible restaurar de otra forma a pesar de las reiteradas advertencias. En cualquier caso, por acusación popular fueron tenidos, y en este concepto pueden ejercitarse la acción dado el tipo de delito investigado, que es el de prevaricación, que por definición no tiene un perjudicado concreto. En este sentido es el propio acusado el que reitera que no se llegó a causar ningún perjuicio al Ayuntamiento, ya que los precios aplicados eran los de mercado. Si siguiéramos la tesis que mantiene el acusado sobre la imposibilidad de que la acción popular pueda ejercitarse acusación, y no pudiendo tener acusación particular en el caso del delito que nos ocupa -prevaricación administrativa-, pudiéramos llegar al absurdo en un ayuntamiento en el que se tiene mayoría, de que no se puede hacer nada para respetar la legalidad vigente.

Para que exista nulidad de actuaciones, en concreto la establecida en el párrafo 3 del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina que los actos judiciales serán nulos de pleno

derecho cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que por esta causa haya podido producirse indefensión, recordando la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2018, entre muchas, que no cualquier irregularidad procesal puede dar lugar a una nulidad de actuaciones, al igual que el Tribunal Constitucional (Sentencias 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras) señala que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; **es necesario un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes** que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Es decir, que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre; y STC 164/2005 de 20 de junio). En el presente caso, ni ha existido infracción procesal, ya que se ha interpretado el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento criminal conforme consolidada jurisprudencia, haciendo una interpretación integradora de este artículo con la existencia de la acción popular consagrada en nuestro texto constitucional en su artículo 125, y además se han explicado pormenorizadamente las razones por las cuales se hace esta interpretación.

Conforme se deriva de las doctrinas expuestas, la Botín, y la corrección introducida por la doctrina Atucha, la existencia de la **acción popular** tiene su fundamento en la necesidad de que exista de una herramienta constitucional (artículo 125) para abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público, sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal, lo que se traduce en que, afectando el delito cometido a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, la acusación popular es suficiente para

abrir juicio oral y celebrar el plenario. En el presente caso, en puridad, los denunciantes no ostentan la condición de perjudicados por los supuestos hechos delictivos que relatan en su denuncia, prevaricación administrativa, atendiendo al concepto clásico de perjuicio, y por ello su intervención en el proceso no podría ser conforme al artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante el ejercicio de la acusación particular, sino por medio del ejercicio de la acción popular conforme a las exigencias del artículo 270 en relación con el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contemplan este derecho constitucionalmente reconocido a todos los ciudadanos españoles con el fin de perseguir el castigo del culpable que corresponde exclusivamente al Estado, incluso accionando en solitario, en algunos supuestos, como establece el Tribunal Supremo según doctrina resumida en la sentencia de 20 de enero de 2010. La acción popular es por tanto una facultad de instar la persecución de un ilícito penal,

aunque no se trate del ofendido por el delito, sino de una mera persona que considere pertinente la aplicación del ius puniendi del Estado. La acción popular se configura como derecho de todo ciudadano a obtener la tutela judicial efectiva en cuanto a su pretensión de perseguir la comisión de un hecho ilícito penal, lo cual está reconocido en la propia Constitución Española. Como recuerda el Tribunal Supremo entre otros, en los autos de 8 de marzo 2017 y de 14 de septiembre de 2017: "para la personación como parte en el proceso penal, en concepto de acusación popular es necesaria la interposición de la correspondiente "querella" (art. 270 LECrim), en la forma legalmente prevenida (arts. 272 y 277 LECrim), con la obligada prestación de fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal, para responder de las resultas del juicio (art. 280 LECrim), con las excepciones establecidas en el art. 281 LECrim.

Y como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, Penal del 11 de marzo de 2020: "por ello, entendió ya el Tribunal Constitucional, en sentencia 64/1999, de 26 de abril que, pese a la conexión entre la acción popular y el derecho a la tutela judicial efectiva no puede sostenerse que del derecho de tutela judicial efectiva pueda derivarse la necesaria existencia de la acción popular en todos los procesos penales, por lo que la acción popular sólo existe cuando la ley la establece, sin que su existencia venga ligada a un imperativo del derecho de tutela judicial efectiva. Señalar, por último, que en el artículo 71 del Borrador del Código Procesal Penal, que señala las limitaciones objetivas para el ejercicio de la acusación popular, contempla un listado de delitos para cuya persecución y sanción puede interponerse la acción popular, y que son los siguientes: prevaricación judicial, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos, delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal, delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal, delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal, delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la LO 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General, provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del Código Penal y, por último, delitos de terrorismo".

Finalmente decir, que ningún efecto tiene en la presente causa la decisión que adoptó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entendió que con la sentencia dictada en el caso Atucha se había violado el Convenio Europeo de derechos Humanos, lo que motivó, dice el recurrente, que la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su Sentencia 510/2019 de 28 de octubre de 2019 estimara el recurso de revisión interpuesto contra la citada Sentencia, ya que ello fue debido a que se entendió vulnerado el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial; lo que no se produjo en el caso por cuanto el

Tribunal Supremo condenó existiendo una previa sentencia absolutoria, y entendió el Tribunal de Estrasburgo, que las cuestiones qué debían ser examinadas por el Tribunal Supremo necesitaban la apreciación directa del testimonio de los demandantes, ya que el Tribunal Superior de justicia del País Vasco le había absuelto en 2004. Lo decidido finalmente nada tiene que ver con la legitimación de la acción popular".

**En definitiva, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2022** "son sentencias básicas en la materia las mencionadas conocidas como caso "Botín" y caso "Atucha", que, sin embargo, no son idénticos los supuestos que analizan; por esa razón, nos parece más acertado, porque aporta más claridad a nuestra decisión, acudir a la STS 277/2018, de 8 de junio de 2018, en la que se puede leer lo siguiente: "Los criterios sobre la legitimación de la acusación popular, siendo controvertidos, están también relativamente asentados en la jurisprudencia. Está vedada su acusación solitaria frente a delitos en los que predominan intereses cuya titularidad está focalizada en personas jurídicas; públicas o privadas, concretas, identificables, cuando éstas expresamente, y en armonía con la posición del Ministerio Público, exteriorizan su decisión de apartarse de la acusación por considerar que los hechos no tienen relieve penal. Se les reconoce sin embargo legitimación aun contradiciendo la posición procesal del Ministerio Público en infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto

perjudicado diferente al genérico cuerpo social....Trasladando estas consideraciones, es claro que el delito de prevaricación, en cuanto englobado dentro de ese llamado de corrupción, pertenece a la categoría de aquéllos en que el bien jurídico lesionado es de titularidad social o de naturaleza colectiva".

**III. La jurisprudencia que se invoca de contrario es para fundamentar que las corporaciones de derecho público, como puede ser un Ayuntamiento o un partido político no pueden ejercitar la acción popular, pero dicha conclusión no puede extrapolarse al conjunto de ciudadanos que pueden integrar una u otra institución, ya que se estaría vulnerando el principio de igualdad y dando una interpretación torcida de lo que es el ejercicio de la acción popular. Además, las sentencias que se recogen no se interpretan íntegramente, se recoge un argumento proporcionado "obiter dicta", se omiten las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado e incluso se omite la conclusión a la que llega a la sentencia, que es favorable al ejercicio de la acción popular.**

**A) Por lo que se refiere a la última sentencia del Tribunal Supremo invocada por la sentencia, en concreto la de fecha 24 de febrero de 2021**, que le lleva a concluir a la sala enjuiciadora que no existiendo ninguna ley estatal o autonómico que legitima las corporaciones locales para el ejercicio de la acción popular para la persecución de los delitos contra la Ordenación del Territorio y por más que los ayuntamientos tengan competencia en materia de urbanismo, no pueden el Ayuntamiento ni ninguno de los funcionarios públicos que prestan servicio para tal ayuntamiento incluidos los concejales ejercer la acción popular (según la sentencia aquí apelada), diremos que dicha sentencia estudia "*la alegada vulneración del principio de igualdad de armas por indebido reconocimiento a dos de las partes de legitimación para ejercer la acción particular... Comencemos por los óbices de legitimación identificados por el recurrente y la posible afectación al derecho a la igualdad de armas y, con él, al nivel constitucionalmente exigible de equidad del proceso*". Y tras argumentar que la entrada en el proceso "*por la densidad constitucional de los intereses en juego, no puede convertirse en una suerte de actividad de parte incontrolada o incontrolable....Porque, en efecto, la presencia y el mantenimiento de una parte acusadora en el proceso careciendo de condiciones para ello puede introducir indebidos desequilibrios, hipertrofiando las expectativas de éxito de la acción penal y menoscabando, con ello, las de la defensa -vid. al respecto, STS 149/2013, de 26 de febrero.... Partiendo de lo anterior, tiene razón el recurrente cuando cuestiona el indebido reconocimiento de la condición de acusador particular en este proceso al Ayuntamiento de Miranda de Ebro. Ni su relación con el bien jurídico protegido por la infracción que ha sido objeto de acusación ni, desde luego, su condición de persona jurídica pública le otorgan legitimación para dicho ejercicio*". Por lo tanto, comprobamos que se está refiriendo a un Ayuntamiento, y no a un ciudadano, sea o no concejal. Y lo tenemos que poner necesariamente en relación con el tipo de delito que se enjuiciaba, que era un delito de descubrimiento y revelación de secretos, que protege exclusivamente el derecho a la intimidad de la persona o personas cuyos datos personales reservados, por estar al abrigo de un acceso directo público y general no condicionado, han sido ilícitamente descubiertos, y que tiene un perjudicado concreto y claramente definido, al contrario del delito de prevaricación urbanística, que pertenece a aquello tipo de infracciones que tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social.

En definitiva, hay que tener en cuenta el delito perseguido y el bien jurídico protegido, y además el efecto que produce la expulsión del proceso de la acusación popular, que en este caso es su no existencia respecto a uno de los acusados. Y así, sigue razonando

la sentencia de fecha 24 de febrero de 2021, que evidentemente no siendo el Ayuntamiento víctima a los efectos del artículo 109 bis o 110 de LECrim, "*no cabría aplicar una suerte de regla de conversión por equivalencia funcional en el sentido que si bien no reuniría las notas para ejercer la acción particular cabría acudir a la legitimación popular que ofrece al artículo 101 LECrim. Por una razón constitucional esencial: la cláusula de acción popular del artículo 125 CE reclama, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional en sus sentencias 311/2006, 8/2008, 18/2005, un desarrollo normativo específico habilitante cuando se trate de personas jurídico-públicas. Es a la Ley procesal, tal como se precisa en la STC (Pleno) 175/2001, a la que corresponde determinar los casos en que las personas públicas disponen de acciones procesales para la defensa del interés general que tienen encomendado*" (FJ.8) -doctrina que supuso una sensible corrección a lo mantenido en la STC 129/2001 sobre el alcance del término ciudadano en el contexto del artículo 125 CE-. De tal modo, y como se precisa en el propio artículo 125 CE, la acción popular podrá ser ejercida "en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine" y si bien en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se prevé con carácter general en todo tipo de procesos -artículo 101-, no contiene, sin embargo, la previsión específica habilitadora para su ejercicio por las administraciones públicas. La doctrina de esta Sala, a la luz de la del Tribunal Constitucional, ha incidido también en el alcance del artículo 101 LECrim con relación a las administraciones públicas, señalando "que no puede argumentarse la posibilidad de ejercicio de la acción popular por silencio de la Ley, al no resultar de aplicación directa el artículo 125 CE. Es preciso que la Ley regule expresamente las

condiciones de ejercicio de la acción conforme a la dinámica de un derecho de configuración legal, máxime cuando éste incide negativamente en el derecho de defensa" -vid. STS 149/2013, de 26 de febrero- ".

Sigue argumentando que el **Ayuntamiento** carecería también de toda habilitación normativa en ese proceso como parte acusadora popular. **Y también hay que tener en cuenta, en el presente caso, los efectos que se produce de la expulsión del proceso del acusador popular, que son graves, al no existir otro operador que ejerzte la acción penal.**

**B) Por otra parte, cuando se traer a colación por la defensa del acusado Luis Francisco, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2023**, que examinaba el motivo de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, sobre la base de los arts. 6 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, (CEDH Roma el 4-11-1950), del derecho de defensa ( art. 24 CE) y a la igualdad en el proceso ( art. 14 CE), al haberse permitido el ejercicio de la acción popular por parte de las acusaciones populares de manera improcedente y extemporánea; sentencia que dice: "Ciertamente la posibilidad de que los partidos políticos ejerzan la acusación popular es vista con desfavor por doctrina y tribunales. Así la STS núm.459/2019, de 14 de octubre,

*dictada en la causa especial 20907/2017: En nuestro auto de 6 de noviembre de 2018, ya abordamos la cuestión que ahora se suscita. Decíamos entonces que los arts. 125 de la CE y 101 y concordantes de la LECrim han de ser interpretados conforme a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia proclamada por esta Sala. De forma bien reciente, la STS 288/2018, 14 de junio -con cita de las SSTS 1045/2007, 17 de diciembre ; 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero - recordó que "... tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, (...) el criterio del Ministerio Fiscal puede no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público". Los delitos por los que se decretó el procesamiento del Sr... son ejemplos paradigmáticos de afectación de bienes de naturaleza difusa, supraindividual o de carácter colectivo. Y en tales supuestos, la presencia de una acusación popular no debe ser considerada como un obstáculo para la vigencia de los principios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional. El examen de los móviles que empujan a quien acciona en defensa del interés colectivo no es, desde luego, indispensable para concluir la validez del ejercicio de la acción penal. Al acusador popular le incumbe -como no podía ser de otro modo- el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, pero no es un tercero imparcial. En cualquier caso, la LECrim concede a esta Sala los instrumentos jurídicos precisos para impedir que la acusación popular -o cualquiera de las otras partes- desborden el ámbito funcional que le es propio. Y así ha quedado demostrado durante el desarrollo de las sesiones del juicio oral. La presencia de partidos políticos en el proceso penal no, es desde luego, positiva. Se corre el riesgo de trasladar al ámbito jurisdiccional la dialéctica e incluso el lenguaje propio de la confrontación política. La experiencia indica que la sentencia adversa no suele ser explicada por el partido accionante como la consecuencia jurídica de la valoración jurisdiccional de los hechos. Antes al contrario, se presenta ante la opinión pública como la expresión de un condicionante ideológico que los Jueces han antepuesto a la realidad acreditada. Pero lo que es verdaderamente perturbador, no es tanto la constatación de uno u otro de los signos de identidad que definen el programa de cada formación política, sino la presencia misma de ese partido.*

*Esta Sala ya ha tenido oportunidad de llamar la atención acerca de la necesidad de abordar una regulación de esta materia que excluya el riesgo de trasladar al proceso penal la contienda política (cfr. ATS 6 octubre 2016, causa especial 20371/2016). Y no deja de ser significativo que los frustrados trabajos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluyeran expresamente del ejercicio de la acción popular a los partidos políticos (cfr. art. 82.1.d) del Proyecto de Reforma de 2011 y art 70.2.d) de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013). La Sala coincide en la necesidad de limitar el ejercicio de la acción penal por las formaciones políticas".*

Ahí termina la cita del acusado, pero se omite que a renglón seguido esta misma sentencia del Tribunal Supremo sigue diciendo: "Y esa restricción debe ser general, sin que deba subordinarse a la propuesta ideológica que suscriba cada una de las fuerzas políticas que intente la

personación. Es un hecho notorio que algunos de los partidos políticos a los que pertenecen los procesados han tomado también parte activa mediante el ejercicio de la acción penal en procesos penales abiertos que, por una u otra razón, presentaban algún interés electoral. **Sea como fuere, el actual estado de cosas no permite a esta Sala otra opción que admitir en el ejercicio de la acción popular a quien se personó en tiempo y forma, cumpliendo todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para actuar como acusador popular".** E insistimos, en el presente caso no nos encontramos con la personación de un partido político, ni existe prueba alguna de que detrás del querellante exista un partido político, sino que es un ciudadano individual el que ejerce la acusación popular.

**A esta misma conclusión llega la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2019** "el actual estado de cosas no permite a esta Sala otra opción que admitir en el ejercicio de la acción popular a quien se personó en tiempo y forma, cumpliendo todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para actuar como acusador popular...", **no sin antes poner de manifiesto**, "en nuestro auto de 6 de noviembre de 2018, ya abordamos la cuestión que ahora se suscita. Decíamos entonces que los arts. 125 de la CE y 101 y concordantes de la LECrim han de ser interpretados conforme a la doctrina constitucional y a la jurisprudencia proclamada por esta Sala. De forma bien reciente, la STS 288/2018, 14 de junio -con cita de las SSTS 1045/2007, 17 de diciembre; 54/2008, 8 de abril y 8/2010, 20 de enero- recordó que "... tratándose de delitos que afectan a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual, (...) el

criterio del Ministerio Fiscal puede no ser compartido por cualquier persona física o jurídica, que esté dispuesta a accionar en nombre de una visión de los intereses sociales que no tiene por qué monopolizar el Ministerio Público....el examen de los móviles que empujan a quien acciona en defensa

del interés colectivo no es, desde luego, indispensable para concluir la validez del ejercicio de la acción penal. Al acusador popular le incumbe -como no podía ser de otro modo- el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, pero no es un tercero imparcial. En cualquier caso, la LECrim concede a esta Sala los instrumentos jurídicos precisos para impedir que la acusación popular -o cualquiera de las otras partes- desborden el ámbito funcional que le es propio".

**En definitiva, no existe prohibición legal alguna que impida que un concejal pueda ejercitar en un caso de prevaricación administrativa la acción popular, y debe hacerse una interpretación pro actione.**

**CUARTO. - En segundo lugar, consideró el recurrente que en todo caso hay material probatorio suficiente para dictar una sentencia de condena contra Luis Francisco por un delito de prevaricación urbanística del artículo 320 del Código**

**Penal, y contra Valeriano por un delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2, sin ser necesario celebrar de nuevo el juicio.**

**Articula su segundo motivo de recurso alegando la existencia de errónea valoración de la prueba. Y razona que teniendo a la vista** los hechos probados de la sentencia principal, el voto particular y los razonamientos del auto de 13 de febrero de 2020 de esa misma Sala (desestimando el recurso de Valeriano contra el auto de pase abreviado y estimando el del querellante contra el sobreseimiento respecto a Luis Francisco, con respecto al cual manda a seguir adelante el procedimiento), por una parte, y, por otra parte, siendo consciente los límites que tiene esta segunda instancia penal y que las facultades de revisión son limitadas, entiende el recurrente que sí se podrá revisar el relato fáctico cuando se trate de valoración de pruebas como documentales, periciales o inferencias y no de pruebas personales en las que la inmediación es determinante; y por ello se entiende que es posible revisar sentencias absolutorias, que de lo contrario se convertirían en irrecuperables. Y son revisables por infracción de ley, o por error en la apreciación de la prueba, cuando se puedan valorar sin inmediación y contradicción, o cuando el error se funde en una prueba documental o cuando existe una prueba pericial que modifique el relato fáctico. Y aunque respecto a Luis Francisco no existen hechos probados, sí que fue celebrado un juicio contra él con todas las garantías, y puede ser enjuiciado en la segunda instancia, ateniéndose exclusivamente a la prueba documental y pericial obrante que acredita que Luis Francisco cometió un delito contra la Ordenación del Territorio y urbanismo del artículo 320.1 del Código Penal, del que se le acusa y adhesivamente el Ministerio Fiscal, por cuánto en el peor de los casos omitió la realización de inspecciones de la obra nueva ejecutada por su hijo y también acusado Valeriano.

**No estamos de acuerdo con el planteamiento hecho por el recurrente, ni consideramos incluso que pueda ser incluido en el motivo de recurso de errónea valoración de la prueba**, porque lo cierto es que con respecto a Luis Francisco existe una ausencia total de valoración de la prueba, ya que con el argumento de la falta de legitimación se ha omitido cualquier argumentación al respecto, derivado de la prueba practicada, de la existencia del delito de prevaricación administrativa del artículo 320.1 del Código Penal. La sentencia dictada no ha hecho ninguna valoración de la prueba que puede ser impugnada, ni en relación con el delito de prevaricación urbanística que se le atribuye Luis Francisco y respecto del cual se ha considerado que la acción popular carece del legitimación, ni con respecto al delito contra la

**Ordenación del Territorio del artículo 319.2**, que tanto la acción popular imputaba a Valeriano (ya que aunque la querella se presentó inicialmente respecto de Luis Francisco en fase de conclusiones provisionales le imputaría un delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2 del Código Penal), como el que igualmente le imputaba el Ministerio fiscal a este último y al primero por adhesión en fase de conclusiones definitivas.

**No se trata de que haya existido** falta de valoración de pruebas esenciales, y errónea valoración de otras, sino que por lo que se refiere a la comisión del delito que se imputa a Luis Francisco no se ha valorado ninguna prueba, y por ello **podemos afirmar que la nueva valoración probatoria que se solicita no puede hacerse directamente por el Tribunal de apelación**, ya que por una parte es imposible considerar que las pruebas personales y las documentales y periciales son comportamientos estancos que no puedan interrelacionarse, y porque dicha jurisprudencia que permite estar solo a las pruebas documentales y periciales está superada. Máxime en casos como el presente, en el que no se hubiera producido o localizado un defecto puntual en relación con un aspecto que se derivaría de la prueba documental o pericial, sino que lo que ha asistido es una ausencia valoración de todo tipo de pruebas. Por otra parte, **si entráramos a argumentar la existencia o no de los delitos, lo que no es procesalmente posible, estaríamos vedando de una instancia a las partes acusadas y acusadoras**. Y es por ello que procede declarar la nulidad de la sentencia y devolver las actuaciones al tribunal enjuiciador para que celebre un nuevo juicio, considerando que la acusación popular está correctamente formulada. No es que se haya incurrido en un error manifiesto en la valoración de la prueba documental o pericial, deduciéndose de ella lo que no dice, y algo totalmente contradictorio a lo que dice, lo que fácilmente pudiera afirmarse con su sola lectura, sino que ha existido una ausencia total de valoración de la prueba.

**Será la sala enjuiciadora, la que deberá argumentar, al tenor de los medios de prueba que se practiquen, si todo el devenir de acontecimientos que expone la acusación popular, y que ciertamente parece irregular, se deriva de la prueba practicada, y tiene su acomodo legal en el artículo 320 del Código Penal.** La tesis acusatoria considera que en el caso de Luis Francisco pidió al Ayuntamiento del que era alcalde una licencia en nombre de su hijo, la concedió por Decreto de 9 de agosto de 2017 - en concreto licencia de obra menor para la ampliación de caseta agraria-, se autonotificó e hizo la declaración responsable de obras menores en nombre de Construcciones Picos SL de

*la que era administrador único; se le comunica una denuncia anónima en la que se manifiesta que la ejecución de las obras no está amparada por la licencia, ya que no se está reformando la caseta de aperos, sino que se está ejecutando una vivienda unifamiliar aislada, e incumpliendo sus obligaciones no solicitó informe alguno del arquitecto, ni ordena al alguacil hacer una inspección ocular; no contesta a la petición expresa de información realizada por el querellante con identificación concreta de la obra a la que se refería; se le pone de manifiesto en el pleno de 27 de febrero de 2018 la ilegalidad urbanística que se está cometiendo y no ordena investigar si la obra en ejecución es conforme con la licencia de obra menor, y lo único que hace es decir que al Ayuntamiento no le consta la existencia de ninguna construcción ilegal; y por otra parte si que incoa otro expediente sancionador a otro vecino por una obra, y no lo acuerda respecto de su hijo y todo ello constando por el atestado del Seprona, por el informe del técnico de la sección de urbanismo de la sección territorial de la Junta de Castilla y León que la tipología edificatoria y volumétrica jamás pueden considerarse propia de una caseta de aperos, sino que más bien se trata de una vivienda aislada. Y, ya con posterioridad, el arquitecto municipal emite informe con fecha 8 de junio de 2020 con motivo del expediente de legalización, en el que consta que la edificación no es una caseta de aperos y que para que pueda legalizarse es preciso retirar determinadas instalaciones propias de vivienda, como electricidad, fontanería, alicatados y chimenea, así como condensar ventanas, y además pretende legalizar como inmueble de uso ganadero una edificación que incumple la normativa urbanística por no encontrarse a menos de 500 m de suelo urbano, todo lo cual acredita que Luis Francisco tenía expreso conocimiento de que su hijo estaba realizando en una parcela de suelo rústico o suelo urbanizable una vivienda unifamiliar que no podía ser objeto de legalización, y que luego se legalizó como otro tipo de edificación a pesar de haberse variado únicamente en un 3,38% y que a pesar de tener amplio y detallado conocimiento no ordenó la realización de las inspecciones correspondientes, existiendo otros expedientes administrativos sancionadores en otros casos.*

**Esta tesis acusatoria es la que debe ser analizada.**

En definitiva, lo que pretende el recurrente tendría que pasar necesariamente por la redacción de un nuevo relato de hechos probados de la sentencia, es decir del sustrato fáctico sobre el que se basa la sentencia condenatoria, y ello no es posible realizarlo en apelación. Para llegar a otra conclusión distinta habría que modificar el relato de hechos probados, y como ya se ha dicho "para construir un nuevo relato fáctico que dé lugar al dictado de una sentencia condenatoria o un agravamiento de la anterior requiere de una

audiencia pública en la que sea oído el acusado, circunstancia no contemplada en la norma" (STS 865/2015, 155/2018, y la de 12 de junio de 2019), y que la revocación a través del motivo de infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECRIM, debe limitarse a la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados sin verificar ninguna valoración de prueba nueva practicada en la instancia ( STS 865/2015, de 14 de Enero ).

**QUINTO. - De la misma forma hemos de concluir con respecto a Valeriano, ya que al acoger la sentencia la segunda cuestión previa formulada, esto es, la posterior acomodación a la legalidad urbanística de la obra,**

**no ha valorado la prueba en el sentido de que si con anterioridad se habría cometido un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal.**

**La sentencia acoge la segunda cuestión previa**, en este caso planteada por Valeriano, y en este sentido se argumenta que la existencia de un Decreto de legalización de la obra es suficiente para sembrar dudas en el órgano sentenciador sobre la condición de autorizables de las actuaciones urbanísticas, y ello debe desembocar el dictado de una sentencia absolutoria. Que la edificación sea autorizable, supone que la obtención de la autorización deriva de la propia aplicación de la normativa urbanística. Examinados los requisitos del artículo 319.2 del Código Penal, resulta que si bien la edificación ejecutada por el acusado no se acomodaba a la normativa urbanística al tiempo de cometer el delito - año 2017- como consecuencia de la disciplina urbanística, en el momento del enjuiciamiento, ha pasado a estar legalizada mediante Decreto municipal de 6 de julio de 2020, y por lo tanto, a la vista del bien jurídico protegido - la Ordenación del Territorio-, y aplicando el principio de intervención mínima, de manera que solo se castigarán las conductas más graves ante la disciplina urbanística, qué debe dictarse una sentencia absolutoria.

**El recurrente invoca infracción del artículo 319.2 del Código Penal, con respecto a Valeriano, y considera que los hechos que se declaran probados pueden integrar el tipo penal que no se ha aplicado debidamente**, haciendo suya la argumentación del magistrado discrepante y ello porque la sentencia declara probado que ejecutaron una construcción que no era autorizable en el momento en el que se construyó ni después. Los hechos declarados probables son subsumibles en el tipo penal y sin embargo se absuelva a Valeriano con el argumento de que el Ministerio Fiscal no ha puesto en duda la legalidad o regularidad del expediente de legalización de la obra, y como la obra se ajustaba

a la legalidad en el momento del enjuiciamiento por haber sido legalizada mediante Decreto municipal de 6 de julio de 2020 se absuelve al acusado, y sin embargo ha de estarse al momento de consumación de la infracción penal determinado por la fecha de ejecución de la edificación. No es invocable el principio de intervención mínima, que se aparta de muchas otras sentencias dictadas por la sala. La Sala, al enjuiciar la conducta, se separa de los criterios expuestos en su propio auto de 13 de febrero del 2020, igualmente se separa de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular cuando dice que las normas de planeamiento urbanístico son de obligado cumplimiento y la conducta no deja de ser típica por la mera posibilidad de cambiar el planeamiento en la normativa urbanística, y como el suelo donde se estaban construyendo los inmuebles era rural, no era posible utilizar en él ningún tipo de actuación.

Por su parte, el voto particular **considera que los hechos si son constitutivos del delito del 319.2 del Código Penal del que sería autor Valeriano**, puesto que lo construido era una construcción no autorizable en ningún caso. Solicitó licencia para construir o renovar una caseta de aperos, y como se inició este proceso penal, y se procedió a la inspección de la Guardia Civil, que puso de manifiesto que lo que se estaba construyendo no lo era, consideró que estaba construyendo en contra la licencia, y ello lo demuestra el hecho que posteriormente promovió la legalización de la obra ya no como caseta de aperos, sino como nave agrícola -ganadera, lo que implicó la realización de modificaciones en la obra. Y en este sentido el arquitecto municipal ni siquiera lo llamó nave agrícola ganadera, y dijo que informaba favorablemente la licencia para *nave vinculada a un uso ganadero* con el informe preceptivo de la secretaría interventora, lo que tampoco era autorizable porque tal tipo de construcción no podía existir a menos de 500 m de las líneas exteriores de la vivienda del municipio, hasta que finalmente se emitió licencia para edificación agrícola ganadera en suelo rural común en base al informe de una secretaría interventora que manifestó desconocer las normas subsidiarias, o las distancias de la edificación, cuando precisamente es a ella a la que le corresponde el asesoramiento legal preceptivo, y como no se dio el acto es nulo de pleno derecho. En conclusión, la obra no era legalizable nunca y la segunda licencia se concedió prescindiendo del procedimiento. Y también es cuestionable la actuación de un arquitecto que informó favorablemente para un uso que no aparece en la ley como es "*nave vinculada al uso ganadero*", porque las normas subsidiarias dicen "*establos y criaderos de animales*", y además desconoció los límites de la distancia. Cuando el arquitecto utilizó la expresión "*nave vinculada a uso ganaderos*" estaba

utilizando una terminología inventada para este caso concreto, para dar cobertura a aquello que inicialmente se llamó caseta de aperos y que en realidad era vivienda, y así para pasar de la primera edificación a la segunda solo se ha modificado el 3,3% de la obra. Lo que persigue el tipo penal es evitar construcciones o edificaciones no autorizadas en suelo no urbanizable y ello es lo que se realizó en el presente caso.

Y el Ministerio Fiscal, **con respecto a Valeriano** se considera que se debe dictar una sentencia condenatoria porque construyó una obra nueva en distinta ubicación que la caseta de aperos preexistente, bajo licencia municipal de obra menor para la ampliación y reforma de una caseta de aperos radicada en la referida parcela, y llevó a cabo una obra no amparadas por la licencia concedida, compatibles con una vivienda; y que tras la eliminación de electricidad, fontanería, alicatado y chimeneas, así como ventanas, por Decreto de la alcaldía de 6 de julio de 2020 se concedió licencia al acusado para la legalización de la construcción. Ya

por el solo hecho de haber realizado una construcción no autorizable en suelo no urbanizable, tal y como consta en los informes periciales, de los técnicos, del arquitecto municipal y de la Comisión territorial de urbanismo (que era una vivienda y no una caseta de aperos), supone un uso prohibido del suelo, y el delito se habría producido por la sola construcción. El término autorizable no es un cheque en blanco, por cuanto una edificación no acorde con el ordenamiento urbanístico y que ataca la legalidad penal, no puede ser legalizable. Si se permitiese modificar o eliminar los elementos que no se ajusta a las normas urbanísticas, por otra que sí lo sea, bien porque se modifican los planeamientos o las propias normas urbanísticas o bien porque se modifica la construcción, haría que el artículo 319 quedase hace falta de contenido y abriría una compuerta la impunidad, pues actuaciones constructivas o edificatorias constitutivas del delito, con una mera modificación, podrían ser legalizadas y de esta forma despenalizase una conducta de por sí punible. La posterior legalización únicamente afectaría a la demolición, esto es, a la reparación del daño causado. La valoración penal de lo que es o no autorizable se ha de hacer al momento de la perpetración de los hechos, y no a posteriori. Al contrario del argumentado en sentencia, la infracción cometida es grave y no puede operar el principio de intervención mínima, ya que los hechos contra la Ordenación del Territorio van más allá del incumplimiento de requisitos administrativos, sino que afecta a valores tan importantes como el medio ambiente, el uso proporcionado de las construcciones y edificaciones tratando de preservar el uso que le es propio; y en el presente caso se pretendió un uso residencial en suelo rústico común.

**La sentencia dictada ha hecho una valoración de la prueba muy limitada**, exclusivamente lo que ha supuesto el Decreto municipal de 6 de julio de 2020 por el que formalmente se legalizaba la obra en el posible delito, pero ha omitido valorar todo lo que sucedió con anterioridad, y la misma validez del llamado Decreto de legalización en relación con la obra ejecutada. La Sala no ha examinado si la concesión de la segunda licencia era o no conforme a derecho y no ha argumentado porque la acción desplegada por Valeriano antes de intentar legalizar su obra (tal vez porque sabía o reconocía que lo ejecutado no estaba conforme con la legalidad vigente) integra o no al delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2, que tanto la acción popular imputaba a Valeriano (ya que aunque la querella se presentó inicialmente respecto de Luis Francisco en fase de conclusiones provisionales imputaría y van un delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2 del Código Penal) como igualmente lo hacía el Ministerio Fiscal.

**SEXTO. – Expuesto lo que antecede, huelga cualquier pronunciamiento al respecto de los otros motivos de recurso invocados por la acusación popular y el Ministerio fiscal, y que se resumen en la concurrencia de los elementos necesarios para estar en presencia del delito contra la Ordenación del Territorio del artículo 319.2 del Código Penal.** En resumen, con independencia de lo que posteriormente ocurriera a efectos urbanísticos, cuya legalidad debería ser estudiada, lo cierto es que el delito se habría cometido desde el momento en que no se realizó la reforma de la caseta de aperos preexistentes y lo que se realizó fue una obra que reunía las características de vivienda.

**En definitiva, tan solo nos queda recordar la forma en la que los delitos imputados son interpretados por el Tribunal Supremo. Conforme expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019, recordando la de 23 de octubre de 2018, "el delito previsto en el artículo 319.1 del Código Penal exige, en primer lugar, que el sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director. En segundo lugar, que ha de realizarse una obra de urbanización, construcción o edificación no autorizables. En tercer lugar, que se lleven a cabo "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". El bien jurídico protegido por este delito es la ordenación del territorio, "pero no exclusivamente la "normativa", sobre ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia,**

lo que ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia, en el art. 319 (...), sino también la utilización racional del medio como recurso natural y la **ordenación** de su uso al interés general. Como dice la sentencia de 11 de marzo de 2020: "Esta Sala ya dijo en la STS de 18 de enero de 1994, y recordaba también en las SSTS 935/03, de 26 de junio o 529/2012, de 21 de junio, entre otras, que «La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "hábitat" de cada uno, que, sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se

pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar».

Y sigue manifestando la Jurisprudencia, que en su consecuencia, **una cosa es que** la realización de estos delitos presupongan que solo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio, y otra completamente distinta es que la interpretación de los artículos 319 y 320 haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal, o dicho de otro modo excluyendo del ámbito de aplicación comportamientos que cumplen con claridad los elementos constitutivos que el propio legislador contempló como definitorios de la actuación del derecho punitivo, bajo la evanescente consideración de que son también susceptibles de sancionarse de manera más limitada desde la consideración del reglamento sancionador administrativo, pues es al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del sistema penal (TS 2ª 28-3-06, y más recientemente la de 11-3-2020). Esta última sentencia también dice que: *“En todo caso, el término “no autorizable” significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, tal y como aquí acontece.*

*Pretender que el contenido semántico de la expresión “no autorizable”, permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es acogible. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o a que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso-administrativa por falta de ejercicio de la acción o por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término “no autorizable” hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización (STS 73/2018, de 13 de enero)”.*

**SÉPTIMO.** - En definitiva, por todo lo expuesto, y por lo que se refiere a las costas procesales, el hecho de que el recurso de apelación haya sido estimado parcialmente, determina que las costas de esta segunda instancia deben ser declaradas de oficio (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En atención a lo expuesto, administrando justicia en nombre del Rey,

#### **-FALLAMOS-**

Que, **ESTIMANDO COMO ESTIMAMOS PARCIALMENTE** el recurso de apelación **interpuesto por la ACUSACIÓN POPULAR** formulada por Ezequiel, representado por la procuradora Dña. María del Pilar Palacios Martín, y asistido por el letrado D. Gregorio Hernández Sánchez, al que se habría ADHERIDO parcialmente el **MINISTERIO FISCAL**, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Ávila, en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, de fecha 16 de diciembre de 2.022, y en la que figura como apelados los acusados Valeriano, representado por la Procuradora Doña Yolanda Sánchez Rodríguez y defendido por el Letrado Don Ramón Andrino San Cristóbal; y contra Luis Francisco, representado por la procuradora Dña. Candelas González Bermejo y defendido por el letrado D. Juan Ángel Martínez González, representados por el/la Procurador/a Sr/a. Pérez Blanco y bajo la dirección

técnica del/la Abogado/a Sr/a Castro Bermejo, **A LOS QUE SE ABSUELVE DE LOS DELITOS IMPUTADOS, DEBEMOS REVOCAR la referida sentencia, DECRETAR LA NULIDAD DE LA SENTENCIA RECURRIDA, retrotrayendo las actuaciones al momento de la celebración de la vista, ordenando la práctica de un nuevo juicio ante el tribunal diferente a que lo ha anunciado en la estancia, declarando las costas de esta segunda instancia de oficio.**

Así, por ésta nuestra sentencia, contra la que no cabe recurso con arreglo a la ley (847.2 LECR), que se notificará a las partes en legal forma y de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, así como a las actuaciones de que trae causa, que se remitirán a la Audiencia de origen, para su cumplimiento y demás efectos, una vez firme, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E./