

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 1127/2009

*RECURSO CASACION N°:*1539/2009

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Mallorca, Sección Segunda

Fecha Sentencia: 27/11/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Siro Francisco García Pérez

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: AGG

Delitos sobre la ordenación del territorio.

Arts. 319 y 320 CP. No bis in idem.

Cualidad de promotor.

Antijuricidad material.

Bienes jurídicos protegidos.

Componentes subjetivos.

Autoría y cooperación necesaria.

Agravante de prevalimiento del carácter público del sujeto activo.

Nº: 1539/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Siro Francisco García Pérez

Fallo: 30/09/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1127/2009

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Manuel Marchena Gómez
D. Siro Francisco García Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Noviembre de dos mil nueve .

En el recurso de Casación por Infracción de Ley y Vulneración Constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por las representaciones procesales de los recurrentes EUGENIO HIDALGO CARCES, JAIME MASSOT SUREDA y

JOSE IGNACIO MIR BUADES, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda), con fecha veintitrés de mayo de dos mil ocho, en causa Rollo número 76/2007, dimanante del Procedimiento Abreviado número 3501/2006 del Juzgado de Instrucción número 12 de Palma de Mallorca, seguida contra Eugenio Hidalgo Garcés, Jaime Massot Sureda, José Ignacio Mir Buades, Jaime Mateo Gilbert Fuster, por Delitos de Falsedad en documento oficial, Prevaricación administrativa, contra ordenación del territorio, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Siro-Francisco García Pérez; siendo también partes el Ministerio Fiscal y los recurridos, Ayuntamiento de Andraitx, representado por el Procurador D. Julián Caballero Aguado, Juan Ensenyat Adrover e Isabel Alemany Moya, respectivamente, representados por la Procuradora María del Carmen Azpeitia Belló; y estando los recurrentes representados por los Procuradores Sres Dña Carmen Azpeitia Belló, D. Pablo Oterino Menéndez y D. Jacobo de Gandarillas Martos, para el primero, segundo y tercero, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 12 de los de Palma de Mallorca instruyó el Procedimiento Abreviado con el número 3501/2006 contra EUGENIO HIDALGO GARCÉS, JAIME MASSOT SUREDA, JOSE IGNACIO MIR BUADES y JAIME MATEO GILBERT FUSTER, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Segunda, Rollo número 76/2007) que, con fecha veintitrés de mayo de dos mil ocho, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

<<HECHOS PROBADOS.

En fecha 6 de agosto de 2002, el acusado Eugenio Hidalgo Garcés, adquirió en escritura pública de la misma fecha, la tierra de huerto llamada Hort d'abaix o S'hort sita en el pago de Son Moner, parcela 67 del polígono 7, en el término municipal de Andratx, con una superficie de 3.930,93 m2, por

un precio de treinta mil cincuenta euros con sesenta y un céntimos (30.050.61 euros), con la finalidad de construir en la misma una vivienda unifamiliar, pese a que cuando adquirió la parcela tenía perfecto conocimiento de que la misma se hallaba en suelo rústico protegido, estando calificado el mismo como ARIP (Área Rural de Interés paisajístico).

En fecha no precisada anterior al mes de enero de 2003, y para llevar a cabo la edificación que tenía previsto levantar, contacta con el acusado Jaime Massot Sureda, en aquellas fechas jefe del Area de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx, a quien le manifiesta su intención de construir una vivienda unifamiliar y le pide consejo sobre el procedimiento a seguir. Una semana después de efectuada la consulta Jaime Massot le comunicó a Eugenio Hidalgo que presentara un proyecto de ampliación de almacén agrícola, a la vez que la recomendaba para su confección al ingeniero agrónomo Gabriel Cañellas Rotger. En el mes de enero de 2003 dicho profesional cumplió el encargo, haciendo constar en el texto cuáles eran las edificaciones preexistentes, la necesidad de recabar informe de la Consellería de Agricultura para el edificio de nueva planta, y adjuntando una memoria agrícola en la que se precisaba que la parcela estaba destinada al cultivo de naranjos, hortalizas, legumbres y vegetales y tenía unas dependencias ganaderas en las que se guardaban gallinas y otras aves. En la memoria se añadía que, debido al incremento de la explotación, surgía la necesidad de construir un almacén adyacente a la caseta de herramientas existente para guardar la maquinaria y almacenar el alimento del ganado, material para realizar la cosecha e incluso la propia cosecha hasta el momento de llevarla al mercado, reservando la caseta de aperos para guardar pequeño material. Con el proyecto en su poder, el 14 de febrero de 2003 Eugenio Hidalgo Garcés, que era en esa fecha alcaide presidente del Ayuntamiento de Andratx y que nunca se había dedicado ni tenía intención de la tareas agrícola alguna, presentó una solicitud de licencia urbanística para la aplicación de un almacén agrícola en la parcela 67 del polígono 7 del catastro de rústica del municipio citado. El día 5 de mayo de 2003, el acusado Jaime Mateo Gibert Fuster, celador de obras del ayuntamiento y Jaime Massot, se desplazaron hasta la finca del alcalde, llevando el segundo todo el expediente hasta entonces presentado, realizando Gilbert una fotografía en la que se reflejaban una alberca una pequeña construcción, y elaborando un informe en el que se hacía constar, a indicación de Massot, que el almacén agrícola

objeto de la ampliación tenía una antigüedad superior a los cincuenta años. Al día siguiente, Jaime Massot, como jefe del Área de Urbanismo, Medio Ambiente y Contratación del Ayuntamiento de Andratx, informó favorablemente la concesión de licencia, pese a saber por su amistad con Eugenio Hidalgo que la finca no iba a ser destinada a uso agrario, dejando en blanco el uso a que se destinaba el terreno y los parámetros de altura, volumen y ocupación máximas permitidas en la parcela y haciendo expresa remisión, mediante un asterisco colocado cuanto a la palabra "favorable", el artículo 20.2 de la Ley 6/1997, del Suelo Rústico de las Islas Baleares. El mismo día 6 de mayo de 2003, el letrado asesor del ayuntamiento, el acusado José Ignacio Mir Buades, pese a recoger en su informe jurídico que tales parámetros debían aparecer consignados, informó favorablemente la concesión de la licencia, aunque no se había solicitado el informe preceptivo a la Consellería de Agricultura, reflejando en el texto que no resultaba necesario el acuerdo de la Comisión Insular de Urbanismo de conformidad con el artículo 20.2 de la Ley del Suelo Rústico de las Islas Baleares, al que Massot hacía alusión en su informe. La Comisión de Gobierno de la Corporación Municipal acordó que se otorgara la licencia de obras mayores, sin que en el acuerdo se reflejaran los máximos de altura, volumen y ocupación, dato que tampoco aparecían especificados en la licencia urbanística concedida el día 23 de mayo de 2003.

Obtenida la documentación precisa para llevar su plan adelante Eugenio Hidalgo Garcés en lugar de construir el almacén agrícola proyectado por el ingeniero agrónomo y prescindiendo de la dirección técnica de éste, encargó a un delineante no identificado la construcción de un edificio que tenía como principales características ser una vivienda unifamiliar aislada de 129.39 metros cuadrados de superficie total, con una altura bajo cornisa de 4,33 de metros, con dos porches de 10,43 y 8,80 m", disponiendo de una planta baja en la que se situaban una sala de estar, comedor, cocina y dos dependencias anexas, una de baño completo y un dormitorio doble, habiéndose asfaltado los caminos interiores del finca. Desde la sala de estar nace una escalera con tres tramos de Barranquilla que conduce a un altillo de 40 m". La edificación dispone de instalación eléctrica y de fontanería empotradas, telefonía y televisión, contando con dos antenas parabólicas y una barbacoa. El acusado Hidalgo empleaba el inmueble para encuentros con familiares y amigos e invitó a las comidas que organizaba a quienes compartían con él

tarea de gobierno en el Ayuntamiento de Andratx. En una de estas reuniones Eugenio Hidalgo le manifestó a Isabel Alemany que había recibido el permiso de agricultura a cambio de repartir propaganda electoral del Partit Socialista de Mallorca (PSM).

En fecha 10 de septiembre de 2005, en las dependencias de la Policía Local del Andratx se recibió denuncia verbal de que se estaban ejecutando obras de cerramiento de la propiedad del alcalde la citada localidad, mediante la instalación de pared y alambrada, trabajos que se llevaban a cabo sin haber tramitado la oportuna licencia, denuncia que originó que por la regidora Ana María Porcel Vera se solicitara, el día 21 de septiembre de 2005, que se emitiera certificación de que la obra realizada se adecuaba al proyecto presentado, petición se reiteró diecinueve días después, el 10 de octubre del mismo año. En cumplimiento de lo solicitado por la concejal, el celador municipal de obras Jaime Gilbert acudió al a a la parcela el día 13 de octubre elaborando un informe incompleto en el que se reflejaba que la superficie construida era de 58,62 m², y que se había efectuado unas divisiones interiores y un cuarto higiénico, expresión ésta que incluyó por consejo de Jaime Massot -un altillo y dos porches exteriores dejando de incluir en el documento multitud de otras obras efectuada y sin hacer mención alguna al mobiliario e instalaciones que tenía el chalet.

En fecha 20 de octubre de 2005 el celador referido realizó un acta de denuncia incompleta en la que se hizo constar que se había realizado obras consistentes en construcción de divisiones interiores, cuarto higiénico, construcción de bancada en obra con armarios partes inferiores, construcción de altillo de una superficie de 30 metros cuadrados con una altura libre de techo de 1,40 metros y construcción de dos porches exteriores de una superficie de 30m² y 12m² sin licencia. Partiendo de dicha denuncia se incoó expediente sancionador por infracción urbanística, designándose por decreto número 43/06 de fecha 16 de enero, instructora de los expedientes de disciplina urbanística a Ana María Abarca Castro y secretaria de los mismos a Angela Fernández Rodríguez. En el expediente incluía un acta de inspección de la vivienda realizada el día 21 de octubre de 2005, por funcionarios adscritos al Consello Insular de Mallorca, informe de valoración elaborado por la arquitecto técnico Cinta Moya Velasco, propuesta de resolución del expediente sancionador, notificación de dicha propuesta y propuesta de demolición firmada por Paul Vidal quien había

sido designado instructor mientras que Ana María Abarca permaneciera de baja maternal. Igualmente en fecha no determinada pero en cualquier caso interior al 3o de junio de 2006, Angel Hernández, funcionaria destinada en el departamento de disciplina urbanística del ayuntamiento y persona de absoluta confianza de Jaime Massot incluyó en el expediente, por indicación de éste, una propuesta de incoación de expediente sancionador de fecha 1 de diciembre de 2005, firmada por Cinta en la que se pedía la designación de la misma como instructora, incluyéndose igualmente el inicio del expediente sancionador, el decreto 1652/05 y la correspondiente notificación, documentos firmados por el alcalde accidental Jaume Porcell y por la secretaría del Ayuntamiento Ana María Abarca, designándose en los dos primeros documentos a Cinta Moya como instructora del expediente. En fecha 30 de junio de 2006, Eugenio Hidalgo solicitó que se declarara la nulidad del expediente sancionador al haber efectuado a la instructora la valoración de las obras objeto de la infracción. Finalmente, el día 17 de julio de 2006, Ana María, como instructora del expediente acordó al suspensión de tramitación al haberse incoado las Diligencias Previas 3143/2006 en el Juzgado de Instructor número 1 de Palma.

Una vez iniciado el procedimiento judicial, en el que Eugenio Hidalgo se personó el 18 de julio de 2006, entre los días 27 de julio y 18 de octubre de 2006, el acusado citado efectuó diversas alteraciones en el chalet construido, tales como sacar un frigorífico, una cama, un armario, una encimera, unos cuadros, e introdujo unos bidones con pienso, a la vez que encargaba sacos de avena, cebada y de algarrobas, dejando el inmueble con una notable suciedad, y sacando una baldosas del suelo de la cocina para instalar un sumidero como los designados en el proyecto elaborado por el ingeniero agrónomo, además de llenar el altillo de paja y de colocar una jaula con pollos en un dependencia de la vivienda que ocultaba los enchufes y la instalación de toma de teléfono y televisión.

El día 16 de noviembre de 2006, Ana María Abarca y Cinta Moya, quienes habían sido propuestas por el Ministerio Fiscal para que comparecieran como testigos en las actuaciones el día 20 de noviembre de 2006, fueron requeridas por el alcalde Andratx para que acudieran al despacho de su abogado, Rafael Perera, para dirimir una serie de extremos relacionados con el expediente, por lo que Ana María se desplazó al encuentro con el expediente original, que fue devuelto íntegro a las dependencias de

urbanismo del ayuntamiento donde era custodiado por Angela Hernández. Está por indicación expresa del acusado Jaime Massot, extrajo del expediente sancionador el acta de denuncia del celador municipal, sustituyéndose por una carátula que ella mismo redactó en al que se hacían constar los datos de dicha denuncia, y extrajo el acta de inspección del Consello Insular, el decreto de nombramiento de Ana María Abarca como instructor y de e ella misma como secretaria de los expedientes de disciplina urbanística y al propuesta de demolición formada por Pau Vidal. Ana María Abarca añadió, posteriormente y al comprobar que no e estaba, el expediente el citado decreto de nombramiento.

En paralelo a dicho trámite y a tras un informe de la técnico María Isabel Seguí Capó, se incoó expediente de suspensión de obras nº 30/2005, en fecha 21 de octubre de 2005, en el que se designó a Cinta Moya como instructora y a Angel Fernández como secretaria, expediente que desapareció del Archivo General del ayuntamiento como ose comprobó tras ser reclamado por el Juzgado instructor, al que se remitió incompleto el expediente sancionador.

El acusado Jaime Massot Sureda cesó como Jefe de Urbanismo del Ayuntamiento de Andratx el mes de julio de 2003, al haber sido nombrado Director General de Ordenación del Territori del Govern de les Illes Balears, pese a lo que acudí varias veces al mes a las dependencias municipales y evacuaba cuantas consultas telefónicas se le hacían sobre todos los expedientes de urbanismo del ayuntamiento, tomando decisiones y ordenando diligencias de procedimiento, efectuando un seguimiento personal de los expedientes incoados al alcalde Eugenio Hidalgo por la construcción de la vivienda unifamiliar aislada en la parcela de su propiedad.

Conocedor de los expedientes que se habían iniciado Eugenio Hidalgo exigió a las funcionarias municipales Cinta Mayo y Ana María Abarca que procedieran a reabrir expedientes sancionadores incoados a regidores de la oposición municipal o a algunos de sus familiares, aunque fue avisado de que habían prescrito o caducado, así como otros a residentes extranjeros en Andratx, decisión que comunicó a Jaime Massot, quien no advirtió a Hidalgo de la irregularidad de su proceder.>>

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia dictó el siguiente Fallo:

<<FALLO.

Condenamos a Eugenio Hidalgo Garcés como inductor de un delito de prevaricación administrativa y como autor directo de un delito contra la ordenación del territorio, ya definidos, concurriendo sólo respecto del segundo la circunstancia agravante de prevalerse de su carácter público, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de ocho años, por el primer delito, y a las penas de tres años de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de tres años, y a la de multa de veinte meses, con cien euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por el delito contra la ordenación del territorio, así como a satisfacer dos sextas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular perdonadas.

Condenamos a Jaime Massot Sureda, como autor directo de un delito de prevaricación administrativa y como cooperador necesario en un delito contra la ordenación del territorio, ya definidos, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de diez años, por el primer delito, y a las penas de un año y seis meses de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de un año y seis meses, y a la de multa de quince meses, con sesenta euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, por el delito contra la ordenación del territorio, así como a satisfacer dos sextas partes de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular perdonadas.

Condenamos a José Ignacio Mir Buades como autor directo de un delito de prevaricación administrativa, ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público en la administración estatal, autonómica o local por tiempo de ocho años, así como al pago de

una sexta parte de las costas causadas, incluidas las de al acusación particular perdonadas.

Condenamos a Jaime Mateo Gilbert Fuster como cooperador necesaria en un delito contra la ordenación del territorio, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de colaboración con la Justicia, a las penas de cuatro meses de prisión, con suspensión de empleo o cargo público durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la promoción urbanística por sí, o como representante de una persona jurídica, por tiempo de dieciocho meses y multa de diez meses, con diez euros de cuota diaria, y responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como a satisfacer una sexta parte de las costas procesales causadas, incluidas las de la acusación particular perdonadas.

Una vez firme la presente resolución, Eugenio Hidalgo Garcés deberá demoler a su costa la vivienda unifamiliar construida en la finca de su propiedad, o sufragar los gastos de demolición, caso de que haya de encargarse la administración competente, obligación de la que responderán con carácter subsidiaria, y solidario entre ellos, Jaime Massot Sureda y Jaime Mateo Gilbert Fuster.

Declaramos de abono, en su caso, el tiempo que Eugenio Hidalgo Garcés, Jaime Massot Sureda y Jaime Mateo Gilbert Fuster estuvieron privados de libertad por esta causa.>>

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon sendos recursos de casación por Infracción de Ley, por las representaciones procesales de los acusados EUGENIO HIDALGO GARCES, JAIME MASSOT SUREDA y JOSE IGNACIO MIR BUADES, respectivamente, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segundo del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos. Por providencia de fecha 30/9/2008, se tuvieron como partes recurridas al Ayuntamiento de Andraitx, Juan Ensenyat Adrover e Isabel Alemany Moya.

Cuarto.- Los sendos recursos interpuestos por las representaciones procesales de los recurrentes EUGENIO HIDALGO GARCES, JAIME MASSOT

SUREDA y JOSE IGNACIO MIR BUADES, respectivamente, se basaron en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

I) Recurso de EUGENIO HIDALGO GARCES:

Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida el artículo 319.1 del Código Penal, en relación con el art. 28 del mismo Código. Breve extracto de su contenido: La sentencia recurrida condena al recurrente, con base en el art. 28 CP, como autor de un delito del art. 319 CP, a pesar de no concurrir en él la cualidad especial requerida en el tipo penal, al no poder ser considerado promotor o constructor en el sentido del tipo penal especial.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida el artículo 319.1 del Código penal, por indebida aplicación.- Breve extracto de su contenido: Entre el delito contra la ordenación del territorio y la infracción administrativa de disciplina urbanística se produce una relación de progresión cuantitativa. En el Código Penal se tipifican las conductas más graves contra la disciplina urbanística. Consideramos que desde el punto de vista de la antijuricidad material la conducta enjuiciada no merece reproche penal, y en todo caso, como se argumentará en el motivo tercero, en ningún caso el reproche que conlleva la aplicación del tipo cualificado del apartado primero del art. 319 del Código penal.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida el art. 319.1 en relación con el art. 319.2 del Código penal.- Breve extracto de su contenido: El suelo en el que se realiza la construcción no autorizada no tiene la especial protección que justifica la aplicación del tipo agravado del art. 319.1 CP. Por ello, debió ser subsumida la conducta en su caso en el tipo básico del art. 319.2 CP.

Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto por el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, se articula el presente motivo, por haberse visto infringido por la Sentencia recurrida el artículo 320 del Código Penal, por indebida aplicación. Breve extracto de su contenido. 1. La sentencia recurrida recoge en el hecho probado, como circunstancias que permiten la subsunción del hecho en el tipo penal del art. 320.1 CP, que: a) Jaime Massot informó

favorablemente la concesión de la licencia, pese a saber por su amistad con Eugenio Hidalgo que la finca no iba a ser destinada a uso agrario, dejando en blanco el uso a que se destinaba el terreno y los parámetros de altura, volumen y ocupación máximas permitidas en la parcela; b) el letrado asesor José Ignacio Mir Buades, pese a recoger en su informe jurídico que tales parámetros deberían aparecer consagrados, informó favorablemente la concesión de la licencia, aunque no se había solicitado el informe preceptivo a la Consellería de Agricultura.

II) Recurso de JOSE-IGNACIO MIR BUADES:

Primero.- Al amparo del art. 849, numero 1, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por la aplicación indebida del art. 320.1º por aplicación extensiva y contraria al principio de legalidad, en relación con el art. 404, del Código Penal de 1995. Breve extracto de su contenido. El delito de prevaricación administrativa, de informar favorablemente la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, penado en el art. 320.1º en relación con el 404 del Código Penal requiere esencialmente, que se trate de una resolución dictada por autoridad o funcionario público en asunto administrativo, que sea contrario al derecho, es decir, ilegal, que sea contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la comisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancias de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable, que ocasione un resultado materialmente injusto y que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar contra derecho.

Motivo segundo.- Subsidiario del anterior para el supuesto de que sea desestimado, al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba como lo demuestran los documentos que se invocan en el presente motivo, no desvirtuados por otras pruebas. Breve extracto de su contenido.- El relato de hechos probados no incluye datos de relevancia debidamente probados por los documentos designados y no desvirtuados por otras pruebas. La falta de consignación de hechos deben modificarse dado el tenor de los siguientes documentos, en los extremos invocados en el escrito de reparación del recurso.

III. Recurso de JAIME MASSOT SUREDA:

1°. Por el cauce procesal del artículo 5.4 LOPJ por infracción del Principio Constitucional de Presunción de inocencia protegido por el art. 24 de nuestra Carta Magna.

2°. Al amparo del art. 849.1 LECr. por aplicación indebida del art. 320.1 del CP en relación con el art. 404 del mismo Cuerpo legal.

3°. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la LECr., por infracción de ley. Indebida aplicación del artículo 28.

Quinto.- Instruidas las partes de los sendos recursos interpuestos, el Ministerio Fiscal no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiaria impugnación de los recursos; la parte recurrida los impugnó; la Sala los admitió; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día 30/9/2009. No se ha dictado sentencia en plazo por la complejidad del asunto.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE EUGENIO HIDALGO GARCES.

1. El primer motivo de Hidalgo aparece deducido al amparo del art. 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) por infracción del art. 319.1 del Código Penal (CP) en relación con el art. 28 del mismo Código.

Se centra el fundamento en que no concurre en Hidalgo la cualidad especial de promotor o constructor exigido en el tipo penal del art. 319.1; porque sólo puede ser reputado como sujeto activo quien sea promotor o constructor con carácter profesional.

Para sostener esa postura cita el recurrente varias resoluciones de las Audiencias Provinciales; que la redacción del artículo se refiere a constructores o promotores y no indiscriminadamente al que construya o al que promueva y que constitucionalmente está prohibida la analogía in malam partem y la interpretación extensiva perjudicial para el reo; que el Consejo

General del Poder Judicial y la tramitación parlamentaria, como precedentes legislativos, revelan que la voluntad del legislador era restringir a los profesionales la esfera de los sujetos activos; que esa restricción es consecuencia del principio de intervención mínima, y sólo al profesional le es especialmente reprochable la conducta más grave de no fijar la atención en la legislación urbanística en el caso concreto o de actuar con indiferencia a ella, únicamente el profesional es considerado sujeto idóneo para cumplir el deber especial.

Debemos resaltar que, en el supuesto que nos ocupa, no nos hallamos ante una persona no cualificada respecto a las tareas de ordenación territorial sino ante quien promueve la obra estando fuertemente imbricado en aquellas tareas como miembro de una corporación local.

Sin necesidad de aseverar que la jurisprudencia tenga una fuerza vinculante más que leve, no cabe, atendida la solidez de los razonamientos, despreciar la doctrina consolidada de esta Sala acerca de la cuestión que nos ocupa.

Así la sentencia del 14/5/2003, citando la del 26.6.2001, señala que la legislación se limita a tomar la figura del “promotor” de la realidad preexistente; no se trata de un vocablo técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente, de manera que, en el ámbito del art. 319.2 (igualmente cabe decir en el campo del art. 319.1) *“será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación”*.

2. En el segundo motivo de Hidalgo se denuncia, al amparo del art. 849.1º LECr., la infracción, por indebida aplicación del art. 319.1 CP.

Se expone como fundamento que, desde el punto de vista de la antijuricidad material, la conducta enjuiciada no merece reproche penal.

Y se aduce al respecto que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas, por lo que, en virtud del carácter de última ratio que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves; que la jurisprudencia ha reservado la protección penal para los atentados más graves, y cita las sentencias de esta Sala fechadas el 28.3.2006 y 23.5.2005; que la construcción realizada sólo supuso una modificación del uso, porque, de acuerdo con la normativa urbanística, podía levantarse sobre el terreno una

edificación destinada a uso agrícola, que por su ubicación y volumen no diferiría de la litigiosa, de manera que la construcción realizada no supone una lesión del bien jurídico protegido que le haga merecer reproche penal.

Mas la desastrosa situación a que, a pesar de la normativa legal y administrativa, se ha llegado en España respecto a la ordenación del territorio, incluida la destrucción paisajista, justifica que, ante la inoperancia de la disciplina administrativa, se acude al Derecho Penal, como Ultima Ratio. Sin que quepa desconocer que la profunda lesión del bien jurídico protegido trae causa en buena parte del efecto acumulativo provocado por transgresiones.

No es admisible dudar de que el hecho afecta gravemente al bien jurídico tutelado penalmente.

3. El tercer motivo de Hidalgo, al amparo del art. 849.1º LECr., se refiere a la infracción del art. 319.1 en relación con el art. 319.2 CP.

Se trata de fundamentar este motivo en que el suelo donde se realiza la construcción no autorizada carece de la especial protección que justificaría la aplicación del tipo agravado comprendido en el art. 319.1 CP.

Arguye al respecto el recurrente que la sentencia atribuye la calificación prevista en el art. 319.1 al suelo tan sólo porque se hallaba en suelo rústico ARIP (Área Rural de Interés Paisajístico); que en ese suelo es posible la construcción de uso agrícola que no difiere sustancialmente de la litigiosa; que existían edificaciones preexistentes, un almacén agrícola de más de cincuenta años, por lo que se presentó un proyecto de ampliación del almacén agrícola, que requería autorización de la Consejería de Agricultura, no de autoridad con competencia urbanística; que el tipo del art. 319.1 requería que el suelo merezca la especial protección, sin que exista subordinación absoluta del Juez penal a la autoridad administrativa, debiendo adoptarse una perspectiva material en la valoración jurídico-penal del bien jurídico protegido; que la parcela se halla ubicada en una zona de protección D, mientras que existen zonas A, B y C de mayor protección respecto a la autorización de obras de edificaciones; que lo más ajustado al tipo, según el principio de intervención mínima penal, sería que la construcción, por sus características, se apartara sustancialmente de la autorizada por la norma; que se degradaría el principio de reserva de ley si el Juez penal quedara absolutamente subordinado en la interpretación del tipo a las valoraciones del legislador extrapenal; que la normativa administrativa llamada a integrar

el tipo penal no dispensa al Juez de la tarea de determinar el ámbito de la protección penal; que debió atenderse a la realidad urbanística de la zona, con circunstancias como la proximidad al núcleo urbano, de nula protección paisajística, la existencia de altos y poco estéticos edificios colindantes; que la Sala ha renunciado a comprobar la antijuricidad material de la conducta.

Todo ello lo que funcionalmente plantea es que la construcción por su proximidad a zonas de nula o menor protección y por la proximidad a las características de lo construible no supone un quebranto del bien jurídico protegido penalmente. Pero tal consideración implica, por un lado, la instauración de una manifiesta inseguridad jurídica acerca de la norma complementaria y consiguientemente respecto a la norma en blanco, y, de otro lado, ignora en la paisajística, la perspectiva es elemento esencial; el desconocer la importancia de tal elemento ha llevado a la situación desastrosa de algunas partes de España en orden a la ordenación del territorio; la fijación topográfica de los límites de una protección no puede ser reputada como algo baladí a los efectos de la perspectiva paisajística en la ordenación del territorio, límites que requieren una valoración técnica y conjunta de terrenos y construcciones sin prescindir de la interacción de unos con otros para el paisaje. Valoración que aparece en el proceso, tanto sobre la normativa como sobre la realidad física y corresponde al dictamen de los folios 446 y siguientes, recogido en la sentencia; la cual acertadamente pone de manifiesto que una cosa es la perspectiva desde la edificación nueva y otra la perspectiva hacia esa edificación, tan gravemente despreciada la segunda en nuestro país.

4. El cuarto motivo de Hidalgo, deducido al amparo del art. 849.1º LECr., radica en la infracción del art. 320 CP, por su indebida aplicación.

Se aduce que el hecho probado no recoge que el proyecto informado fuera contrario al planeamiento urbanístico; que el art. 320 no tipifica una mera irregularidad administrativa o la contrariedad a la norma urbanística, pues resulta esencial que la conducta ponga en peligro el bien jurídico protegido, la ordenación del territorio, no exclusivamente la normativa sobre esa ordenación; que no se informó favorablemente la construcción de una vivienda familiar y la decisión administrativa adoptada por la Comisión de Gobierno fue conceder licencia para la construcción del almacén agrícola, que no contravenía la normativa urbanística, constando que el suelo afectado

permite la edificación para uso agrario; que las irregularidades fueron puramente formales.

Ciertamente que la prevaricación, especial por urbanística, que sanciona el art. 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio. Mas tal elemento normativo aparece reflejado en el factum que relata como secuencia sin soluciones de continuidad, dentro del plan unitario, la irregularidad en el informe, la consiguiente resolución administrativa y el final quebrantamiento de la ordenación territorial. (Véanse sobre los supuestos de tal secuencia unitaria la jurisprudencia en sentencias de 27/9/2004 y en las en ella citadas).

Por lo que atañe al invocado principio del nono bis in ídem, que el TC entiende incluido en el de legalidad –sentencia 2/1981 TC-, y que se dice resultaría violado si fuera aplicado el art. 320 con el 319.1, no cabe desconocer que bien tutelado con la sanción penal a la prevaricación urbanística no es sólo la ordenación del territorio sino también la administración pública, como en toda prevaricación administrativa.

5. En el motivo quinto de Hidalgo, al amparo del art. 849.1º LECr., se denuncia la infracción del art. 28, apartado a) CP, por haber sido considerado el recurrente inductor de un delito del art. 320 CP.

En primer lugar se arguye que la propuesta delictiva habría arrancado no de Hidalgo, sino de Massot, de quien habría surgido autónomamente la decisión.

Desde luego que el tipo de inducción exige una influencia que incida sobre alguien que previamente no esté decidido a cometer el delito.

Pero la secuencia a que se refiere el Tribunal a quo y a la que venimos aludiendo revela la iniciación de la causalidad síquica por la persona de Hidalgo, aunque en la cadena de la infracción intervenga sucesivamente Massot; abarcando el dolo de Hidalgo no sólo determinar la cadena infractora sino que la infracción se ejecutara.

Objeta el recurrente que es inductor quien no tiene intervención en el dominio del hecho. Mas, bajo ese enfoque, la consecuencia, que no favorecería penalmente a Hidalgo, vendría a consistir en reputarle autor como coejecutor.

También objeta el recurrente que al inicio Hidalgo no pensaba en el camino que se fuera a seguir. Mas el factum no revela alteración trascendente alguna en la cadena causal sino al asunción por Hidalgo de todos sus hitos.

6. El motivo sexto de Hidalgo se refiere a la infracción del art. 320 CP en relación con el art. 8, con quebrantamiento del principio ne bis ídem, al haberse aplicado conjuntamente con el art. 319.1 CP

Se arguye que el tipo penal del art. 319 es un delito de resultado que supone una mera intensificación del injusto tipificado en el art. 320, al progresar por el iter criminis del delito. Que entre los arts. 319 y 320 se dan una relación de exclusión recíproca o de consunción, prevista en la regla 3ª del art. 8, y de subsidiariedad, entre los delitos de peligro y resultado, entre los diversos niveles de desarrollo de una misma agresión, regla 2ª del art. 8.

Ya hemos sentado que la aplicación del art. 319 junto al 320 no encierra colisión con el principio non bis in ídem, por cuanto no se da coincidencia total de “desvalores” en bienes jurídicos protegidos; y tampoco se trata de mera progresión en el ataque a un solo y mismo bien penalmente tutelado.

Añade el recurso que, en su caso, el delito del art. 319 entraría en concurso con el del art. 404; pero ello implicaría desconocer la especialidad del art. 320 respecto al 404.

7. Al amparo del art. 849.1º, ha sido planteada subsidiariamente por la Defensa de Hidalgo en el séptimo motivo la infracción del art. 77 CP, porque, a lo sumo, en aplicación del art. 77, debió haber sido sancionado el concurso de delitos entre el 319 y el 320 con una sola pena, al ser el segundo medio necesario para cometer el primero.

Pero la jurisprudencia tiene establecido que, para apreciar el concurso medial a que se refiere el art. 77 CP, no basta la preordenación síquica, sino que es necesario que objetiva y realmente, al aplicar el juicio hipotético, resulte que uno de los delitos fue imprescindible para la comisión del hecho. Sentencias de 3/2/2003 y 2/3/1998. Lo que no consta en el presente caso ante la circunstancia de que, para alcanzar la construcción no autorizada, bien pudo ser utilizado instrumento distinto al ilícito informe por el funcionario público, como no es infrecuente en la práctica conocida judicialmente.

8. En el octavo motivo de Hidalgo, deducido al amparo del art. 849.1º LECr. es denunciada la infracción del art. 22.7 en relación con el 66.1.3ª CP, por aplicación indebida de la circunstancia agravante de prevalerse el acusado del carácter público que ostentaba.

Se argumenta que, en el delito contra la ordenación del territorio respecto al que fue apreciada la agravante, no concurrían sus presupuestos fácticos.

Se expone que la sentencia fundamenta la agravante en que Hidalgo se prevaleció, en su propio y particular beneficio, de su condición de alcalde para procurar que la construcción del chalet no se viera afectada por el celo del inspector Gilbert, quien sabía cómo se las gastaba el alcalde con amenazas de ser despedido, y para imponer a dos funcionarias del Ayuntamiento que acudieran al despacho del letrado defensor de Hidalgo. Añade el recurrente que no cabe el prevalimiento frente a un partícipe del delito sino frente a la víctima; que la condición de alcalde no le ha reportado ventaja en la comisión del delito, sino una mayor dificultad frente a idéntica conducta de cualquier ciudadano; y que la no oposición del celador municipal no se debió a que Hidalgo utilizase su condición de alcalde para obtener el comportamiento omisivo del celador, sino que éste colaboró con el delito dolosamente.

No cabe ignorar que la comunidad de ciudadanos es víctima de los despropósitos urbanísticos y que la administración urbanística también experimenta las consecuencias de las infracciones en materia de ordenación del territorio. Supuestos de intereses colectivos difusos.

Además el factum revela que Hidalgo se aprovechó dolosamente de su condición de alcalde para ejecutar el delito con mayor facilidad; sirviéndose, en su propio interés del cargo que los ciudadanos le habían encomendado, en vez de servir a él. Elementos que constituyen la agravante aplicada; véanse sentencias de 13/9/2002 y 1/2/2007, TS.

9. En el noveno motivo de Hidalgo se denuncia, al amparo del art. 849.1º LECr., la infracción del art. 66.6 CP con relación al delito del art. 319 CP; porque se han impuesto las penas máximas basándose únicamente en la condición de alcalde de Hidalgo y no en la trascendencia que, para el bien jurídico protegido, ha tenido la construcción en el caso concreto.

Las penas previstas legalmente para el delito del art. 319.1 son las de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de seis meses a tres años, en su mitad superior por la concurrencia de

una circunstancia gravemente. Y la Audiencia ha fijado en el máximo la extensión de esas penas.

Desde luego que, a lo largo del art. 66 CP y en cierto aspecto dentro del art. 52, aparece que en la fijación judicial de las penas ha de atenderse a la gravedad de la culpabilidad. Lo que aduce el recurso es que la extensión de la prisión y de la inhabilitación no se ajusta a la gravedad del hecho, porque la zona donde se llevó a cabo la construcción no tenía el máximo de protección administrativa, que es compatible con determinada actuación edificativa análoga a la realizada y la afectación del paisaje no es importante; a lo que añade la falta de profesionalidad y de habitualidad en Hidalgo, sin que pueda tomarse en cuenta sus actuaciones posteriores al hecho.

La Audiencia razona su última determinación de la imposición de la pena. Y no puede dejarse de tener en cuenta para ello que deben ponderarse en conjunto los diversos factores de la gravedad de la culpabilidad, y que, aun fuera de la estricta faceta de alcalde determinante de la agravación aplicada, la interrelación entre los elementos relativos a la personalidad del acusado y las características del hecho y de sus consecuencias revelan lo ajustado de la extensión con que las penas han sido fijadas: un continuado e insistente desprecio por la legalidad.

10. Con carácter subsidiario y al amparo del art. 849.1º LECr., se presenta en el recurso de Hidalgo el motivo décimo por infracción de los arts. 65.3 y 66.6 CP en relación con el art. 320.

Se aduce que, caso de responsabilizarse a Hidalgo como inductor de un delito del art. 320, debió aplicarse la atenuación prevista en el apartado 3º del art. 65; atenuación, se dice, que debe constituir la regla general en el caso del extraneus, que no ha realizado el hecho. Y se añade que la decisión de fijar la magnitud penal concreta para la inducción a un delito de peligro del bien jurídico, luego lesionado por el recurrente como autor, sin la atenuación facultativa, conlleva incurrir en el bis in ídem.

Ya hemos visto que los bienes jurídicos protegidos en uno y otro delito no coinciden totalmente; en el 320, junto al de ordenación del territorio aparece el propio de una prevaricación.

Y en cuanto a la atenuación facultativa respecto al delito del art. 320 no puede dejarse de tener en cuenta que, si bien la Audiencia se ha quedado en la consideración de Hidalgo como inductor, a lo largo de la sentencia consta una

intervención de Hidalgo en el hecho de tan profunda intensidad como el del autor estricto.

La Audiencia ha impuesto la pena en su mitad inferior, y no la rebaja en grado, según explica razonadamente.

RECURSO DE JAIME MASSOT SUREDA.

11. El primer motivo del recurso de Massot ha sido deducido en el cauce del art. 5.4 LOPJ, por la infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE.

El control en la casación sobre la presunción de inocencia se extiende a si ha existido prueba incriminatoria a través de medios obtenidos y apartados al proceso sin quebranto de normas constitucionales u ordinarias, y a si, en el curso ilativo que el tribunal ha de exponer, de las inferencias no se han quebrantado pautas derivadas de la experiencia general, normas de la Lógica o principios o reglas de otra ciencia; (sentencias de 30/4/2002 y 3/11/2005).

Y, por lo que concierne a los componentes internos, señala la jurisprudencia prudencia que la prueba ha de llevarse a cabo generalmente a través de elementos externos, a modo de prueba indiciaria (sentencias de 24.4.2000 y 20.5.2005, TS).

Centra el recurso la oposición en que el convencimiento expuesto por la Audiencia de la concertación entre Hidalgo y Massot para idear, planificar y ejecutar la construcción de una vivienda familiar en área de especial protección, a partir de una relación de amistad entre ellos, no responde a una inferencia concluyente y excluyente porque:

- a. No dice la sentencia de que hechos se deriva la relación de amistad.
- b. Es una conjetura que Hidalgo y Massot sean viejos conocidos, que Massot desde Julio tuviera delegada el área de Urbanismo, Obras municipales y Mantenimiento no implica relación de amistad sino profesional.
- c. Hidalgo pide consejo a Massot no para la construcciones una vivienda familiar sino para la ampliación de un almacén agrícola, como cualquier administrado.
- d. Massot dio a Hidalgo opinión consistente en la posibilidad de la ampliación.

- e. A instancia de Hidalgo, Massot, tras decirle que era necesario iniciar cualquier proyecto con el informe de un ingeniero agrónomo, dio el nombre del Sr. Cañellas.
- f. Nadie ha declarado que Massot al informar el Proyecto supiera cual era el propósito de Hidalgo.
- g. Hidalgo llegó a reconocer su exclusiva responsabilidad y pidió perdón públicamente.

Sostiene en consecuencia el recurso que es simple conjetura decir que Massot sabía cuáles eran las verdaderas intenciones de Hidalgo.

Ahora bien toda la actuaciones de Hidalgo y de Massot aparece, en la prueba practicada, como una secuencia externa e interna global, cuyos elementos y factores no pueden ser disociados, si se atiende a las pruebas practicadas y que detalla la sentencia:

Ha sido reconocido por Hidalgo y Massot que el primero era alcalde mientras el segundo era delegado de Urbanismo.

Las declaraciones de Ana-María Abarca, secretaria, municipal, Ángela Hernández, funcionaria municipal, y Cinta Maya, aparejadora o arquitecto técnico municipal, junto a las grabaciones aludidas por la Audiencia y que fueron escuchadas durante el juicio, acreditan que no se movía un expediente urbanístico en Andraitx sin el conocimiento y el consentimiento de Massot, incluso respecto a las irregularidades en la construcción de Hidalgo.

Así, en cuanto a ese último extremo, alude la Audiencia a las declaraciones del celador municipal de obras sobre que, antes de otorgarse la licencia, visitó el terreno con Massot y percibieron que lo que allí había era un almacén agrícola; que, después, de la denuncia, el celador hizo una inspección, vio que había una vivienda, levantó un acta, y Massot le hizo corregir el acta en extremo relevante; que Hidalgo y Massot tenían una estrecha relación; que si el celador decidió no intervenir y no parar la obra fue porque era del alcalde.

12. El segundo motivo de Massot, deducido al amparo del art. 849.1º LECr., se refiere a la aplicación indebida del art. 320.1 CP en relación con el 404.

Aduce el recurrente que es al menos discutible el elemento normativo de la injusticia del informe por cuanto, en la Ley 6/1997, del Suelo Rústico de las Islas Baleares, el tenor literal del art. 20.2 parece estar contradicho en el 34.3.

La lectura judicial de esos artículos no muestra contradicción sino compatibilidad entre ellos por las respectivas especificidades de los puntos a que se refieren. Lo que coincide con las opiniones de peritos traídos a la causa.

No nos hallamos ante una mera irregularidad administrativa y no hay razón para apreciar que falte algún componente subjetivo del tipo. No cabe entender, atendida la ocupación profesional de Massot y el contenido de su informe, dictado adentro de la secuencia a que nos venimos refiriendo, que Massot actuara bajo error determinado por una equivocada interpretación de preceptos.

Informó Massot favorablemente de manera injusta, por sus conscientes arbitrariedades, en el procedimiento urbanístico, con vulneración de las correspondientes normas.

13. Al amparo del art. 849.1° ha deducido Massot su motivo tercero, por indebida aplicación del art. 28 CP, respecto a la cooperación necesaria en el delito del art. 319.

Sostiene el recurrente que el art. 320 es una ley especial que concreta toda respuesta penal a la omisión de informes; y si se pretendiera que el art. 319 es más especializado, habría que aceptar su preferencia pero nunca aplicar los dos a la vez.

Pero ya hemos expuesto que no cabe desconocer que con la sanción penal a la prevaricación urbanística no sólo se trata de proteger la ordenación del territorio sino también la administración pública como en toda prevaricación administrativa.

También arguye el recurrente que es inadmisibles calificar el informe como cooperación necesaria en el delito contra la ordenación del territorio, porque lo único insustituible es el órgano competente para dictar la licencia.

Mas, aparte de que Massot pudiera haber sido considerado como coejecutor, el relato de los hechos evidencia que sin la emisión del informe arbitrario no se habría alcanzando la licencia injusta; fue aquel determinante del sí del delito del art. 319 y, ex ante, un bien escaso.

Y, en cuanto al principio de accesoriedad de la participación, que el recurrente asimismo invoca, no se alcanza a entender en qué podría quedar afectado en el supuesto de autos, aunque Massot no ostentara la condición de promotor, en el delito del art. 319, o Hidalgo, en el delito del art. 319, o

Hidalgo la de informante en el del 320; pues hemos de movernos en el campo de una accesoriadad limitada, y no existen diferencias en el presente caso y entre los sujetos activos, respecto a los dolos con que intervinieron.

RECURSO DE JOSE-IGNACIO MIR BUADES.

14. En el recurso de Mir se plantea el motivo segundo, al amparo del art. 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba y se dice que se hace con carácter subsidiario del primero deducido al amparo del art. 849.1º, para el supuesto de que fuere desestimado. Sin embargo se hace necesario examinar en primer lugar el segundo, porque de su resultado dependerá que se mantenga o no el factum, que, caso de no ser estimado el motivo segundo, habrá de ser respetado.

La doctrina de esta Sala tiene señalado que el error ha de ser evidenciado por el documento-excepcionalmente la pericia- según su propio y literosuficiente poder demostrativo, sin tener que acudir a complementarias argumentaciones, y que no han de existir otros medios probatorios que enerven aquella fuerza demostrativa. Sentencias de 29/3/2004 y 5/6/2003, TS

Pues bien, en el recurso de citan como elementos de contraste:

a. Cinco expedientes municipales de obra. Los cuales, según el recurso, acreditan que la remisión del expediente de obra a la Consellería de Agricultura tenía lugar cuando del mismo se desprendía una edificación de nueva planta o un cambio en cuanto a la naturaleza o característica de uso actual de los terrenos, edificio o instalaciones.

Pero esos documentos no hacen sino reforzar la exposición de la Audiencia, porque precisamente se pasaba desde un almacén agrícola, según se invocaba en el procedimiento de licencia, a lo que realmente suponía un edificio para vivienda, según la abundante prueba documental, planos y fotografías, testifical, de los miembros de la Guardia Civil, y pericial.

b. Dos expedientes municipales de obra que acreditan que los procedimientos que no implicaban edificación de nueva planta o de los que no se derivaba cambio de uso no eran remitidos a la Consellería de Agricultura para informe.

Mas insistamos en que, en el presente caso, existe abundante prueba sobre el paso de caseta para utilización agrícola a casa para vivienda.

c. Documento de la Consellería de Agricultura acerca de que cuando se trataba de ampliaciones de almacenes agrícolas ya existentes no era habitual, en todas los municipios de Mallorca, solicitar el informe de la Consellería.

Pero ese documento carece de la tajancia que aduce el recurrente, pues expresa *"Desde el año 2000, fecha a partir de la cual se procedió a la informatización de los datos, se han solicitado a la Consellería de Agricultura y Pesca la emisión de los informes relacionados en el cuadro que se adjunta como Anexo II, de acuerdo con los datos proporcionados por la Dirección General de Desarrollo Rural de la Consellería de Agricultura y Pesca.*

La Consellería de Agricultura y Pesca desconoce el criterio de los Ayuntamientos de la Isla de Mallorca para solicitar el informe establecido en el artículo 34.3 d la Ley 6/1997, para los almacenes agrícolas de nueva planta o también para las ampliaciones y para cualquier actuación edificatoria vinculada a los usos previstos en el artículo 21.1.a) de la Ley 6/1997".

Y, además, en el presente caso, sí existía probadamente un paso del almacén agrícola a la casa-vivienda.

Nada demuestra error en el factum.

15. El motivo primero de Mir, planteado al amparo del art. 849.1º LECr., por aplicación indebida del art. 320.1º en relación con el 404 CP, extensiva y contraria al principio de legalidad, se refiere a que no concurre el elemento normativo, que el informe emitido por Mir, sobre la no necesidad de informe de la Consellería de Agricultura, fuera contrario a las normas urbanísticas vigentes, ni el elemento subjetivo, que obrara a sabiendas de la injusticia.

A lo largo del desarrollo del motivo se aduce que la interpretación que acepta la Sala de los arts.20.3 y 4 y 34 de la Ley del Suelo Rústico de las Islas Baleares no era la única posible; que, aun considerando que la interpretación de Mir fuera contraria a Derecho, sería razonable, era el criterio que venía siguiendo el Ayuntamiento de Andratx y que venían adoptando 27 de los 52

ayuntamientos de Mallorca; que la norma aplicable era compleja y difícil, de manera que la Sala hubo de acudir a peritos; que ni el proyecto técnico ni el informe del técnico municipal indicaban que el predio se hallara en la zona de protección D, y esa ubicación no es competencia del letrado asesor sino del técnico municipal; que resultaría atípico un informe contrario a las normas sobre ordenación del territorio pero no a las específicamente urbanísticas. Y, respecto al componente subjetivo -a sabiendas de la injusticia- aduce el recurrente que si no se solicitó el informe de la Consellería fue porque era criterio uniforme y constante del Ayuntamiento; que el proyecto y los informes se referían a una ampliación de 40 metros cuadrados de un almacén agrícola sin cambio de destino o actividad; que los peritos Balaguer y D. Rafael Munar discreparon entre sí sobre la posibilidad de que la Consejería de Agricultura informara favorablemente; que ese informe habría de ser técnico, y Mir, desconocedor de la materia, no podía tener perfecto conocimiento de que fuera a ser negativo; que el Sr. Cañellas tenía el convencimiento de que ese proyecto era legal; que las funcionarias Cinta y Ana-María fueron incapaces de concretar porque consideraban que Mir no era trigo limpio; que un supuesto negocio inmobiliario no llegó a realizarse, según Hidalgo; que Mir sólo trabajaba en el Ayuntamiento dos días la semana.

Ya hemos dejado sentado que el factor debe ser respetado. Pero, aun sin prescindir de escuchar las argumentaciones del motivo primero, se llegaría la conclusión de la existencia tanto de los elementos objetivos como de los subjetivos del tipo comprendido en el art. 320.1 CP.

Hemos de insistir, recordando lo expuesto en anteriores motivos, que la Audiencia apreció fundadamente cómo el expediente afectaba a normas de ordenación territorial, incluso urbanísticas, disimulando lo que realmente consistía en la edificación de una vivienda bajo la apariencia de que se trataba de una mera ampliación de construcción rústica; y que todo el expediente estaba impregnado de injusticia en una secuencia unitaria de informes y resolución, que infringía no sólo formalmente las normas aplicables sino también el valor ordenación del territorio, vinculado al art. 45 CE.

Y se hace necesario insistir en que lo habitual en esa clase de infracciones lo que determinaba en la agravación, por acumulación, del daño a los bienes jurídicos referido.

En cuanto al dolo, expresamente referido en el art. 320.1 con el giro “*a sabiendas*”, existe un factor no despreciable para inferir la existencia de todo

dolo: Mir era asesor legal del Ayuntamiento y ejercía en el ámbito urbanístico –aunque no sólo en él-, y esa condición evidencia, conforme a la experiencia general, que no actuaba como ciego servidor del experto técnico, -lo que incluso no descartaría su dolo eventual-.

No hay fundamento para apreciar cualquier error de los previstos en el art. 14 CP, respecto a la existencia una falta de formación en el acusado; pues ella debe reputarse en principio incompatible con la específica titulación y dedicación de aquél.

16. Los motivos de todos tres recursos ha de ser desestimados. Y, con arreglo al art. 901 LECr, debe declararse no haber lugar a aquéllos y serle impuestas las costas de cada uno a los que los han interpuesto (incluidas las costas de los Acusación particular).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación que han interpuesto Eugenio Hidalgo Garcés, por vulneración constitucional e infracción de ley, Jaime Massot Sureda, por vulneración constitucional e infracción de ley, José-Ignacio Mir Buades, por nfracción de ley, contra la sentencia dictada, el 23/5/2008 por la Audiencia Provincial de Baleares, Sección Segunda, en causa por delitos contra la ordenación del territorio y de prevaricación. Y se impone a cada recurrente las costas de su recurso, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese la presente resolución a la Audiencia provincial de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo para su archivo en el Rollo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gómez Siro Francisco García Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Siro Francisco García Pérez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.