



UNIVERSIDAD DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

DICTAMEN JURÍDICO SOBRE PREVARICACIÓN

ALUMNA: MARÍA DEL CARMEN ESCUDERO AMADOR

NIUB: 18074276

TUTORA: SONIA CANO FERNÁNDEZ

ÁREA TEMÁTICA: DERECHO PROCESAL PENAL

CURSO ACADÉMICO: 2021/2022

A mis abuelos Juan Miguel y José Luis, mis ángeles de la guarda.
Lo hemos conseguido, yayos.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
1. INTRODUCCIÓN	9
2. ANTECEDENTES	11
2.1. Caso planteado	11
2.2. Documentación	14
2.2.1. Documentación facilitada	14
2.2.2. Documentación no facilitada	14
3. OBJETO DEL DICTAMEN	15
3.1. Cuestiones de orden sustantivo	15
3.2. Cuestiones de orden procesal	15
3.3. Fuentes aplicables al caso	15
3.3.1. Legislación	15
3.3.2. Jurisprudencia	16
3.4. Consideraciones	19
4. CUESTIONES SUSTANTIVAS	21
4.1. Delito de prevaricación urbanística	21
4.2. Delito de cohecho activo	25
4.3. Delito de tráfico de influencias	28
4.4. Relación concursal	30
4.5. Responsabilidad civil derivada del delito	31
4.6. Otros sujetos penal y/o civilmente responsables	33
4.7. Prescripción	34
5. CUESTIONES PROCESALES	36
5.1. Competencia objetiva, funcional y territorial	36
5.2. Procedimiento	39
5.3. Diligencias de investigación	40
5.3.1. Principio de legalidad	40
5.3.2. Principio de especialidad	40
5.3.3. Principio de idoneidad	41
5.3.4. Principio de menor onerosidad	41
5.3.5. Principio de necesidad	41
5.3.6. Principio de proporcionalidad	42
5.3.7. Aplicación al caso	42
5.4. Medidas cautelares	44
5.4.1. Características	44
5.4.2. Presupuestos	45
5.4.3. Tipologías	46
5.4.4. Aplicación al caso	47
5.5. Personación en el proceso de otros sujetos	48
6. CONCLUSIONES	49
7. EMISIÓN DEL DICTAMEN	51
BIBLIOGRAFÍA	53

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
Art./s.	Artículo/s
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
F. J.	Fundamento Jurídico
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

1. INTRODUCCIÓN.

La normativa sobre estudios universitarios dispone que para obtener el Máster de Acceso a la Abogacía es preciso superar la asignatura “Trabajo Fin de Máster”, consistente en el estudio y la resolución del caso asignado y su posterior defensa ante el Tribunal debidamente constituido a tal efecto. En cumplimiento de tal previsión, la que suscribe ha desarrollado el mismo bajo la dirección de la profesora de la Universidad de Barcelona Doña Sonia Cano Fernández.

El presente Trabajo Fin de Máster tiene por objetivo la realización de un dictamen jurídico a partir del estudio del caso práctico facilitado, consistente en la presunta existencia de un delito de prevaricación urbanística, pero sin poder descartar, *a priori*, la presencia de otros hechos delictivos. La posición asignada es la defensa de los intereses de Darío, debiendo analizar qué acusaciones se pueden formular contra el mismo, así como asistirle durante todas las fases del proceso penal, esto es, instrucción, fase intermedia, juicio oral y sentencia. Dicha posición se corresponde con la perspectiva C del enunciado.

La razón de la línea del dictamen escogida es puramente personal. Desde siempre me ha llamado la atención el Derecho Procesal Penal. Considero que un buen abogado, además de saber acerca del Derecho Penal, indudablemente también debe ser un experto procesalista, ya que durante todo el procedimiento pueden tener lugar una serie de hechos que, en determinadas ocasiones, pueden conducir a un sobreseimiento, una nulidad de las actuaciones, una vulneración de los derechos fundamentales del investigado..., entre otros. El proceso penal es el mayor garante de los derechos, especialmente fundamentales, del encausado, pues, si no se observan los requisitos procesales establecidos, no habrá un juicio justo para el mismo.

Por este motivo me decanté por el área temática de Derecho Procesal Penal y escogí la línea de prevaricación, ya que se trata de un delito especial, entendiéndose por tales delitos aquellos que solamente pueden ser cometidos por determinadas personas (en este caso, por autoridad o funcionario público), como se tendrá oportunidad de ver.

En este sentido, la metodología de estudio utilizada se basa en una investigación analítico-descriptiva de la situación existente, en la que, para llegar a las conclusiones y la emisión del dictamen, se ha observado, recabado y aplicado la información extraída de tres fuentes jurídicas: la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de diferentes juristas.

En relación con la legislación, se manejará especialmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal habida cuenta de que el área temática del trabajo es el Derecho Procesal Penal, pero también se hará remisión al Código Penal y a las distintas leyes del sector urbanístico, por ser ésta la normativa aplicable al fondo del asunto.

Por su parte, en lo que se refiere a la jurisprudencia, se trabajará con las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en supuestos similares, toda vez que son los órganos judiciales jerárquicamente superiores en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que se recurra igualmente a la jurisprudencia de otros órganos judiciales, tales como los Tribunales Superiores de Justicia o las Audiencias Provinciales.

En último término se acudiría a bibliografía especializada, esto es, manuales de diversos autores, así como monografías y artículos publicados en revistas jurídicas que servirán para el desarrollo del presente dictamen jurídico.

Para finalizar, quiero señalar que el contenido del trabajo ha sido estructurado en varios apartados. En el primero tiene lugar la introducción, epígrafe donde se explica el caso asignado, la línea de Trabajo de Fin de Máster escogida y sus razones, así como la metodología de estudio utilizada. En el segundo se reseñan los hechos relevantes del enunciado¹, explicando cuáles son los antecedentes del mismo para poder comprender el problema planteado y la documentación que ha sido proporcionada y examinada, así como aquella otra que, bajo mi punto de vista, considero que es relevante para la defensa de mi cliente y de la que, sin embargo, no dispongo. A continuación, explico cuál es el objeto del dictamen, sección donde se engloban las cuestiones sustantivas y procesales que deben ser resueltas y la bibliografía aplicable a las mismas, amén de la realización de una serie de consideraciones. En el cuarto y quinto apartado entro de lleno en el análisis jurídico del caso. En el sexto, correspondiente a las conclusiones, procedo a realizar una recapitulación general del supuesto de hecho, exponiendo de forma concisa cómo se deben solucionar las preguntas planteadas. Finalmente, en el séptimo y último apartado se emite el dictamen, es decir, las recomendaciones que, como Letrada, daría a mi defendido Darío.

¹ Por expreso deseo de mi tutora se ha recogido el caso práctico tal y como fue planteado por la anterior tutora.

2. ANTECEDENTES.

2.1. Caso planteado.

DICTAMEN JURÍDICO DEL MÁSTER DE LA ABOGACÍA				
Materia	Procesal Penal	Núm.	Proc. P.	371
Tutor	Dra. Núria Mallandrich Miret	Curso	2021-2022	
CASO PRÁCTICO QUE SE PLANTEA				
Texto que se entrega al alumno. Debe contener elementos sustantivos de la disciplina central y, a ser posible, de otra/s disciplinas jurídicas. Además, necesariamente contendrá elementos procesales.	<p>En febrero de 1999, Darío, titular de la finca registral NUM100 (parcela catastral NUM098, polígono NUM099) ubicada en el pago DIRECCION005 o PARAJE001 del término municipal de Alcaucín de 10.000 m2 de superficie y ubicada en suelo no urbanizable presentó por escrito ante el Ayuntamiento una solicitud de licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar.</p> <p>El mismo día de su presentación la alcalde, Gemma, dictó directamente <i>resolución de 18/02/1999</i> concediendo dicha <i>licencia de obras</i>. Para ello no recabó los informes técnico y jurídico. La obra quedó terminada en marzo de 2000, aunque luego se amplió con una piscina que de la misma forma fue autorizada por la alcalde mediante <i>resolución de 13/04/2000</i> dictada también al mismo día siguiente de su solicitud.</p> <p>De acuerdo con la normativa urbanística vigente, en los referidos terrenos solo era posible la edificación de construcciones vinculadas a actividades productivas.</p> <p>Tres años más tarde, la alcalde Gemma concedió al mismo propietario una <i>licencia de segregación de fecha 20/02/2002</i> (A22-8609) por la que le autorizó a dividir materialmente su finca en dos parcelas de 5.000 m2 cada una. En dicha resolución, se justificaba la concesión de la autorización en una de las excepciones previstas legalmente al efecto, que existía en una de ellas la referida casa edificada y que se había concedido para la otra una licencia urbanística para construcción de vivienda unifamiliar de carácter no agrario. Más concretamente en el documento de licencia se explicaba la autorización de esa división en los siguientes términos literales: “<i>ya que sobre una de las dos parcelas resultantes existe una casa construida y sobre la otra se ha concedido licencia urbanística para construir una vivienda unifamiliar de carácter no agrario, previo cumplimiento del artículo 16.3 del texto refundido de la ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana</i>”.</p> <p>Sin embargo, esta licencia que formalmente había autorizado solo un día antes era la construcción de una vivienda agrícola de aperos de labranza y sin fijar plazo en el mismo documento de licencia para acreditar su terminación (A22-8608).</p>			

	<p>De acuerdo con la Resolución de 04/11/1996 de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales, estaba prohibido efectuar segregaciones que puedan dar lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo que para las fincas de secano, como era esta, estaba fijada en 25.000 m2.</p> <p>Al amparo de esa licencia municipal de segregación Darío, el titular de la finca matriz, otorgó al mismo día siguiente <i>escritura pública de segregación y venta</i> a un tercero (Carla) de la parcela segregada que dio lugar a la registral NUM101 -catastral NUM102 del polígono NUM099- (51-16526 y 51-16529) porque el Registrador, a la vista del contenido de la licencia, así acordó inscribirla al amparo del supuesto excepcional de divisiones por debajo de la unidad mínima de cultivo previsto en el artículo 25b de la ley 19/1995 de 4 de julio de Modernización de las Explotaciones Agrarias (LMEA). Carla construyó sobre esa parcela segregada una vivienda unifamiliar al amparo, según consta reflejado en la propia escritura, de una <i>licencia municipal de obras de fecha 08/04/2003</i> (51-16529) que, en realidad, vino a ser una tardía rectificación de la que sobre el mismo objeto ya había recaído la anterior licencia de 19 de febrero de 2002, quedando finalmente terminada la casa en octubre de 2004.</p> <p>La causa se incoó en marzo de 2013.</p>
Posibles clientes o posturas que nos puede pedir este dictamen.	<p>A) Ministerio Fiscal. B) Gemma. C) Darío. D) Carla.</p>
PREGUNTAS QUE NOS PLANTEA EL CLIENTE	
Sustantivas	<p>A) Ministerio Fiscal:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determine su estrategia de actuación como acusación, determinado el delito/s por lo que acusará, identificando el título de intervención, circunstancias modificativas de la responsabilidad, relación concursal entre los delitos cometidos. - Haga una previsión de la estrategia procesal de la acusación. <p>B) Doña Gemma:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determine las posibles acusaciones que se pueden dirigir contra usted (incluye título de intervención, circunstancias modificativas de la responsabilidad, relación concursal entre los delitos cometidos). - Describa su estrategia de defensa. <p>C) Don Darío:</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - Determine las posibles acusaciones que se pueden dirigir contra usted (incluye título de intervención, circunstancias modificativas de la responsabilidad, relación concursal entre los delitos cometidos). - Describa su estrategia de defensa. <p>D) Doña Carla:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determine las posibles acusaciones que se pueden dirigir contra usted (incluye título de intervención, circunstancias modificativas de la responsabilidad, relación concursal entre los delitos cometidos). - Describa su estrategia de defensa. <p>E) Comunes:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determine la responsabilidad civil derivada del delito. - Indique si, en su opinión, existen más sujetos (personas físicas o jurídicas) sobre las que pueda recaer responsabilidad penal o civil por los hechos descritos y, en caso afirmativo, cómo pueden afectar su línea de acusación o defensa.
Procesales	<ul style="list-style-type: none"> • Comunes: - Determine el órgano judicial competente para la instrucción y el enjuiciamiento del caso descrito atendiendo a la calificación jurídico-penal que haga de los hechos. - ¿Por qué procedimiento se tramitará el caso descrito? - Atendiendo a su posición de parte, indique las diligencias de investigación que solicitaría que se practicaran. Indique asimismo las diligencias que cree que puede acordar de oficio el juez. - ¿Qué medidas cautelares cree que se adoptarán en este procedimiento? - Determine si puede personarse en el proceso el Ayuntamiento de Alcaucín y la Asociación Alauense de Protección de la Flora y Fauna. De acuerdo con el APLECrím de noviembre de 2020, ¿habría alguna diferencia en la respuesta dada?
LISTADOS DE DOCUMENTOS QUE SE LES APORTAN	
Pueden ser documentos reales o ficticios. Si son ficticios hay que explicarlos detalladamente. Si son reales se tienen que adjuntar escaneados.	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Documentos ficticios:</i> Autos y documentación que se relata en la exposición fáctica.

2.2. Documentación.

Seguidamente se relacionan aquellos documentos que, de conformidad con el enunciado del caso, han sido proporcionados, así como aquellos otros de los que no se dispone y que, a mi modo de ver, habría sido pertinente que se acompañasen, a fin de poder hacerme una imagen fiel del escenario existente y asesorar a mi cliente de la mejor forma posible. Cabe recalcar que toda la documentación consta en los autos, que es de donde ha sido extraída.

2.2.1.Documentación facilitada.

- 1.- Licencia de obras concedida por Gemma a Darío el 18 de febrero de 1999.
- 2.- Licencia de ampliación de obras concedida por Gemma a Darío el 13 de abril de 2000.
- 3.- Licencia urbanística para la construcción de vivienda unifamiliar de carácter no agrario concedida por Gemma a Darío el 19 de febrero de 2002 (A22-8608).
- 4.- Licencia de segregación concedida por Gemma a Darío el 20 de febrero de 2002 (A22-8609).
- 5.- Escritura pública notarial de segregación y venta otorgada por Darío y Carla el 21 de febrero de 2002 (51-16526 y 51-6529).
- 6.- Licencia municipal de obras de 8 de abril de 2003 (51-16529), que constituye una tardía rectificación de la licencia otorgada el 19 de febrero de 2002 (A22-8608).

2.2.2.Documentación no facilitada.

- 1.- Escrito de Darío dirigido al Ayuntamiento de Alcaucín solicitando la concesión de una licencia de obras.
- 2.- Escrito de Darío dirigido al Ayuntamiento de Alcaucín solicitando la ampliación de la antedicha licencia de obras para poder construir una piscina.
- 3.- Escrito de Darío dirigido al Ayuntamiento de Alcaucín solicitando la concesión de una licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar de carácter no agrario.
- 4.- Escrito de Darío dirigido al Ayuntamiento de Alcaucín solicitando la concesión de una licencia de segregación para poder dividir materialmente la finca en dos parcelas de 5.000 m².

3. OBJETO DEL DICTAMEN.

A raíz de haberse iniciado el procedimiento penal en marzo de 2013, Darío ha acudido a mi despacho un poco nervioso. Tras haberme informado de la situación, me ha preguntado qué podría suceder con él. En concreto, me ha planteado una serie de cuestiones que se pueden clasificar entre aquellas que son sustantivas y aquellas otras que son procesales.

3.1. Cuestiones de orden sustantivo.

Por lo que se refiere a las cuestiones sustantivas, lo que Darío quiere esencialmente es saber cuál/es podría/n ser la/s posible/s acusación/es que podría/n dirigirse contra él, máxime teniendo en consideración que él es la persona a la que Gemma ha concedido las diversas licencias de forma, presuntamente, irregular y arbitraria, por lo que en este apartado se analizará, siempre en relación con mi cliente, los siguientes puntos: los posibles delitos que pueda haber cometido; el título de intervención, esto es, si es penalmente responsable de los hechos delictivos descritos en concepto de autor, inductor, cooperador necesario o cómplice; aquellas circunstancias que puedan modificar la responsabilidad penal; y la relación concursal entre los delitos cometidos, ya que del caso se deduce la existencia de un solo hecho punible, que es el de prevaricación urbanística, pero cabe preguntarse si podríamos estar ante otros. Igualmente se analizará si podría haber otros sujetos, ya sean personas físicas o jurídicas, susceptibles de ser responsables criminal y/o civilmente de los delitos cometidos y, en caso de respuesta afirmativa, cómo afectaría ello a la defensa de mi cliente.

3.2. Cuestiones de orden procesal.

Si bien el aspecto sustantivo es muy importante, no debemos olvidarnos del aspecto procesal, razón por la que, con motivo de la visita de Darío al despacho, éste ha aprovechado para preguntarme asimismo quién será el Juez competente para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos descritos y el procedimiento por el que deberá seguirse la causa, así como las diligencias de investigación y/o medidas cautelares que podrían ser solicitadas por las partes o adoptadas de oficio por el órgano jurisdiccional. Adicionalmente, al margen de mi defendido, me he cuestionado si durante el transcurso del procedimiento podrían personarse el Ayuntamiento de Alcaucín y/o la Asociación Alcauense de Protección de la Flora y Fauna como acusación particular y/o popular.

3.3. Fuentes aplicables al caso.

En vista de las preguntas formuladas, éstas son las fuentes aplicables:

3.3.1. Legislación.

Constitución Española. (BOE, núm. 311, 29-12-1978, págs. 29313-29424).

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE, núm. 156, 02-07-1987, págs. 20632-20679).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 281, 24-11-1995, págs. 33987-34058).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 283, 26-11-2003, págs. 41842-41875).

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 152, 23-06-2010, págs. 54811-54883).

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (BOE, núm. 77, 31-03-2015, págs. 27061-27176).

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE, núm. 260, 17-09-1882, págs. 803-806).

Con respecto al CP, es oportuno hacer un pequeño inciso para determinar cuál es la ley penal aplicable al fondo del asunto. Como hemos tenido ocasión de ver tras la lectura del caso planteado, resulta que los hechos proporcionados ocurren entre el 18 de febrero de 1999 y el 8 de abril de 2003. Desde entonces y hasta la fecha de hoy, la legislación penal ha sufrido una serie de reformas de gran calibre, operadas, principalmente, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/2015, de 30 de marzo, entre otras. Sin embargo, y en méritos de lo dispuesto en el art. 7 CP², nos encontramos con que la ley penal aplicable será la que se encontraba vigente en abril de 2003, por ser la fecha exacta en la que se concedió la última licencia. Además, según el propio art. 2 CP, se permite la irretroactividad de las leyes penales que sean más favorables para el reo, lo que deriva directamente del mandato constitucional contenido en los arts. 9.3 y 25.1 CE. Por ello se aplicará, en los correspondientes apartados, el precepto del CP que sea más beneficioso para la defensa de Darío, indicándose oportunamente en la pertinente nota a pie de página qué versión se está aplicando.

3.3.2. Jurisprudencia.

Tribunal Constitucional.

Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1999, de 11 de octubre de 1999.

Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2000, de 17 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal Constitucional 202/2001, de 15 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002, de 18 de septiembre de 2002.

Tribunal Supremo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal, sección 1ª), de 10 de mayo de 1994 (recurso 1327/1993).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal, sección 1ª), de 10 de marzo de 1998.

² Según el tenor literal de dicha norma, “a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”.

Sentencia del Tribunal Supremo 545/1998 (Sala Penal, sección 1ª), de 13 de enero de 1999 (recurso 2171/1997).

Sentencia del Tribunal Supremo 727/2000 (Sala Penal, sección 1ª), de 23 de octubre de 2000 (recurso 4344/1998).

Sentencia del Tribunal Supremo 1440/2003 (Sala Penal, sección 1ª), de 31 de octubre de 2003 (recurso 1843/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo 363/2006 (Sala Penal, sección 1ª), de 28 de marzo de 2006 (recurso 2067/2004).

Sentencia del Tribunal Supremo 936/2006 (Sala Penal, sección 1ª), de 10 de octubre de 2006 (recurso 388/2006).

Sentencia del Tribunal Supremo 186/2012 (Sala Penal, sección 1ª), de 14 de marzo de 2012 (recurso 1087/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo 15/2013 (Sala Penal, sección 1ª), de 16 de enero de 2013 (recurso 10685/2012).

Sentencia del Tribunal Supremo 358/2016 (Sala Penal, sección 1ª), de 26 de abril de 2016 (recurso 1322/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 485/2016 (Sala Penal, sección 1ª), de 7 de junio de 2016 (recurso 1497/2015).

Sentencia del Tribunal Supremo 752/2016 (Sala Penal, sección 1ª), de 11 de octubre de 2016 (recurso 343/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo 795/2016 (Sala Penal, sección 1ª), de 25 de octubre de 2016 (recurso 86/2016).

Sentencia del Tribunal Supremo 721/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 26 de abril de 2018 (recurso 2815/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 277/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 8 de junio de 2018 (recurso 1206/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 362/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 18 de julio de 2018 (recurso 2227/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 467/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 15 de octubre de 2018 (recurso 2952/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 502/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 24 de octubre de 2018 (recurso 2718/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 613/2018 (Sala Penal, sección 1ª), de 29 de noviembre de 2018 (recurso 2615/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 294/2019 (Sala Penal, sección 1ª), de 3 de junio de 2019 (recurso 927/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 733/2019 (Sala Penal, sección 1ª), de 20 de junio de 2019 (recurso 3539/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019 (Sala Penal, sección 1ª), de 14 de octubre de 2019 (recurso 2561/2017).

Sentencia del Tribunal Supremo 693/2019 (Sala Penal, sección 1ª, de 29 de abril de 2020 (recurso 1158/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020 (Sala Penal, sección 1ª), de 14 de octubre de 2020 (recurso 10575/2018).

Sentencia del Tribunal Supremo 220/2021 (Sala Penal, sección 1ª), de 11 de marzo de 2021 (recurso 2268/2019).

Audiencia Nacional.

Sentencia de la Audiencia Nacional 31/2018 (sección 2ª), de 29 de junio de 2018 (recurso 1/2016).

Tribunales Superiores de Justicia.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 11/2010 (sección 1ª), de 18 de junio de 2010 (recurso 1/2009).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias 17/2017 (sección 1ª), de 11 de octubre de 2017 (recurso 21/2015).

Audiencias Provinciales.

Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña 235/2007 (Sección 2ª), de 4 de junio de 2007 (recurso 123/2007).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 450/2008 (sección 1ª), de 29 de julio de 2008 (recurso 4384).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 345/2008 (sección 3ª), de 10 de noviembre de 2008 (recurso 315/2008).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 197/2010 (sección 4ª), de 18 de marzo de 2010 (recurso 5188/2009).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 334/2011 (sección 3ª), de 20 de abril de 2011 (recurso 94/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 411/2013 (sección 2ª), de 22 de noviembre de 2013 (recurso 33/2012).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 260/2016 (sección 8ª), de 27 de mayo de 2016 (recurso 100/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife 294/2017 (sección 2ª), de 26 de junio de 2017 (recurso 1221/2016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería 266/2017 (sección 2ª), de 30 de junio 2017 (recurso 2/2015).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño 57/2019 (sección 1ª), de 14 de febrero de 2019 (recurso 194/2018).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 118/2019 (sección 2ª), de 29 de marzo de 2019 (recurso 1001/2016).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid 337/2019 (sección 4ª), de 3 de diciembre de 2019 (recurso 3/2018).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 423/2020 (sección 15ª), de 11 de noviembre de 2020 (recurso 1299/2019).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia 69/2020 (sección 1ª), de 27 de noviembre de 2020 (recurso 74/2020).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 247/2021 (sección 3ª), de 7 de julio de 2021 (recurso 92/2018).

3.4. Consideraciones.

Antes de entrar en la resolución de las cuestiones sustantivas y procesales planteadas, objetivo principal del presente Trabajo Fin de Máster, considero adecuado poner de manifiesto que, en relación con la bibliografía aplicable al caso, la normativa urbanística no será objeto de análisis habida cuenta de que pertenece a la rama del Derecho Administrativo y que el área temática del dictamen es el Derecho Procesal Penal, razón por la que se recurrirá especialmente a la LECRIM y al CP, sin perjuicio, no obstante, del uso de otra legislación que considere adecuada para la emisión del dictamen.

De la misma manera, también creo acertado destacar el hecho de que el dictamen supera el límite máximo de cuarenta páginas establecido en la normativa de la Universidad de Barcelona, dado que sólo la exposición del caso planteado ocupa cerca de cuatro y, en puridad, la argumentación jurídica comienza a partir de la página veintiuno. Se ha intentado alcanzar una suerte de equilibrio, en el sentido de dar la misma relevancia a la parte penal que a la procesal. Por esta razón, se indica

expresamente que el trabajo supera la extensión máxima establecida pues, de lo contrario, estaría incompleto y no podría aconsejar a Darío de la forma que merece el tratamiento de su situación.

4. CUESTIONES SUSTANTIVAS.

De la lectura del caso se desprenden una serie de indicios racionales de criminalidad. De forma específica, se aprecia la existencia de un delito de prevaricación urbanística, lo que significa que mi defendido no habría cometido ningún hecho delictivo, pues, como se tendrá ocasión de explicar acto seguido y que sin embargo se adelanta ya en este momento, el delito de prevaricación, y más concretamente el urbanístico, es un delito de tipo especial que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público (así, la STSJ de las Islas Canarias 17/2017, de 11 de octubre de 2017³ señala como requisito para que pueda apreciarse la concurrencia de dicho delito que debe haber una resolución dictada por autoridad o funcionario público en un asunto administrativo, entre otros). Darío es un particular, por lo que, en principio, parece evidente su no participación en los hechos; no obstante, en las siguientes páginas se procederá de todos modos a determinar la/s posible/s acusación/es que se podrían formular contra él, toda vez que no podemos descartar de antemano la perpetración de otros hechos presuntamente punibles.

Consecuentemente, para la resolución de este apartado me ha parecido oportuno, en primer lugar, identificar los posibles delitos cometidos, desarrollando los mismos en base a lo dispuesto por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia para, a continuación, determinar si las actuaciones del supuesto asignado pueden encuadrarse en dichos hechos tipificados.

4.1. Delito de prevaricación urbanística.

Según el caso objeto de autos, Gemma concede una serie de licencias a mi defendido de forma totalmente arbitraria ya que, parece ser, no recaba en ningún momento los preceptivos informes técnicos y jurídicos, autorizando dichas licencias el mismo día o al día siguiente de la presentación de la solicitud por parte de Darío y teniendo en consideración, además, que, según la normativa urbanística vigente en el momento de los hechos, en el terreno sujeto a licencia únicamente se podían edificar construcciones vinculadas a actividades productivas.

En síntesis, Gemma otorga a Darío las siguientes autorizaciones:

- 1.- Licencia de obras para la construcción de una vivienda unifamiliar (18 de febrero de 1999).
- 2.- Ampliación de la licencia de obras de 18 de febrero para la construcción de una piscina (13 de abril de 2000).
- 3.- Licencia para la construcción de una vivienda agrícola de aperos de labranza en la que, además, no establece plazo de finalización (19 de febrero de 2002).
- 4.- Licencia de segregación por la que permite a mi defendido dividir materialmente su finca en dos parcelas de 5.000 m² cada una (20 de febrero de 2002), algo taxativamente prohibido.
- 5.- Licencia municipal de obras de 8 de abril de 2003 (51-16529), que constituye una tardía rectificación de la licencia otorgada el 19 de febrero de 2002 (A22-8608).

³ STSJ de las Islas Canarias 17/2017, de 11 de octubre de 2017 (F. J. 2.).

Como se ha adelantado en su momento, de esta primera conducta resulta que podría haberse cometido un delito de prevaricación urbanística, previsto expresamente en el art. 320 CP⁴ y a tenor del cual se establece lo siguiente en el primer apartado:

“La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses”.

Por su parte, el segundo apartado dispone que:

“Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Como podemos observar, se penan dos concretas actuaciones, pero fijémonos que los hechos del caso parecen encajar en la última, pues mientras que ésta castiga a la autoridad o funcionario que por sí mismo o por medio de un organismo colegiado *“haya resuelto o votado a favor”*, la primera castiga a aquél que *“haya informado favorablemente”*.

Antes de entrar en su análisis conviene recalcar, además, que dicho delito tiene una naturaleza específica por cuanto está íntimamente ligado al art. 404 CP⁵ (de hecho, el propio art. 320 CP nos remite a él). El art. 404 CP, más genérico, se halla regulado dentro del Título XIX, relativo a los delitos contra la Administración Pública y, en especial, en el Capítulo I, referente al delito de prevaricación de funcionarios públicos, castigando, textualmente, a *“la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”*. Por tanto, la prevaricación urbanística del art. 320 CP es un delito más delimitado que se enmarca en la genérica prevaricación del art. 404 CP, tal y como afirma la STS 363/2006, de 28 de marzo de 2006⁶, y reitera la STS 613/2018, de 29 de noviembre de 2018⁷.

Del mismo modo, la doctrina también reconoce de forma unánime la interrelación de ambos delitos⁸.

⁴ Se aplica el precepto que se encontraba vigente en el año 2003 por ser más favorable. Dicha redacción coincide con el CP de 1995, pues, como señala GÓRRIZ ROYO, el delito de prevaricación urbanística contenido en el art. 320 CP solo fue modificado a través de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, no habiendo sido objeto de reforma por la no menos importante LO 1/2015, de 30 de marzo. Por tanto, de dicho precepto tenemos dos versiones: la vigente, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, y la del texto original, de 1995, siendo éste el que se está aplicando en el presente caso. (GÓRRIZ ROYO, Elena. Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: Problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas en la práctica. En: *Estudios penales y criminológicos*. España: 2018, vol. 38, núm. extra 38, pág. 102. ISSN 11377550).

⁵ Se aplica el precepto que se encontraba vigente en el año 2003 por ser más favorable en cuanto a la pena establecida. La redacción de la indicada versión coincide con la de 1995.

⁶ En dicha sentencia, el TS viene a señalar que *“el delito de prevaricación urbanística del art. 320 CP no es sino una especialidad del delito más genérico de prevaricación penado en el art. 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio”* (STS 363/2006, de 28 de marzo de 2006 (F. J. 13.).)

⁷ STS 613/2018, de 29 de noviembre de 2018 (F. J. 3.).

⁸ Así, GONZÁLEZ CUSSAC en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997, pág. 147. ISBN 848002495X. También GÓRRIZ ROYO en GÓRRIZ ROYO, Elena. Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: Problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas en la práctica. En: *Estudios penales y criminológicos*. España: 2018, vol. 38, núm. extra 38, pág. 112. ISSN 11377550.

Dicho esto, los hechos del caso parecen encontrar su mayor cabida en el art. 320.2 CP dada la especialidad de la materia⁹, por lo que únicamente me limitaré a analizar éste, si bien se debe tener en cuenta que existen consideraciones relativas al art. 404 CP que, conforme a corrientes jurisprudenciales, resultan también aplicables al art. 320 CP, al existir similitudes entre ambos preceptos¹⁰.

En este sentido, como señala MARTÍNEZ ATIENZA¹¹, el delito de prevaricación urbanística es un delito pluriofensivo porque, según sus palabras, “*concorre una ofensa específica al territorio y una ofensa común a la función pública y honesta que defiende los intereses públicos*”. Según este autor, convergen distintas posiciones doctrinales acerca de cuál es el bien jurídico protegido: una primera entiende que es el cumplimiento de la normativa sobre ordenación del territorio, que encuentra su mayor cobertura jurídica en los arts. 45 y 47 CE; otra, en cambio, cree que salvaguarda la función social de la propiedad o, dicho en otros términos, el uso racional del suelo; finalmente, una tercera entiende que lo que preserva es el ambiente urbano. La jurisprudencia acoge todas ellas al considerar que el bien jurídico protegido es la ordenación del territorio¹², esto es, la “*utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general*”¹³.

Como ya se ha adelantado, se trata de un delito especial propio habida cuenta de que el sujeto activo del mismo solamente puede serlo la autoridad o funcionario público correspondiente, entendiendo por “autoridad” o “funcionario público” todo sujeto que, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas (art. 24 CP). Por su parte, el sujeto pasivo será el titular de la resolución dictada de forma injusta¹⁴.

El componente objetivo o conducta típica la constituye el “*informar favorablemente*” o “*resolver o votar a favor*” (art. 320, ordinales 1º y 2º CP, respectivamente), es decir, el dictar una resolución arbitraria¹⁵ en un asunto urbanístico, “*bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder*”¹⁶. Sin embargo, no basta la mera ilegalidad, sino que debe tratarse de

⁹ En efecto, el TS entiende que la regulación autónoma del art. 320 CP se justifica “*por las características que le separan del referido artículo 404 y que, esencialmente, es, en primer lugar, la de la especialidad de la materia a la que se refiere, que no es otra que la de la información favorable o concesión de licencia urbanísticas*”, lo que ocurre también en el caso objeto del presente dictamen (STS 1440/2003, de 31 de octubre de 2003 (F. J. 2.)).

¹⁰ Al respecto basta citar la STS 752/2016, de 11 de octubre de 2016, la cual, si bien reconoce la existencia de diferencias entre ambos artículos, insiste en la evidente relación entre los mismos (F. J. 3.), aspecto del que se hacen eco órganos judiciales jerárquicamente inferiores como lo ha hecho, por ejemplo, la SAP de Madrid 423/2020, de 11 de noviembre de 2020 (F. J. 1.).

¹¹ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Prevaricación urbanística y su sanción*. 1ª ed. España: Ediciones Experiencia, 2018, pág. 84. ISBN 9788494794025.

¹² Según la SAP de Murcia 345/2008, de 10 de noviembre de 2008, se trata de un bien jurídico que no tiene un destinatario en particular, esto es, “*no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad*” (F. J. 2.).

¹³ SAP de Murcia 345/2008, de 10 de noviembre de 2008 (F. J. 2.).

¹⁴ Al respecto, MARTÍNEZ ATIENZA entiende que “*sólo la titularidad del bien jurídico protegido puesto en peligro determina la condición de sujeto pasivo*”. (MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Prevaricación urbanística y su sanción*. 1ª ed. España: Ediciones Experiencia, 2018, pág. 90. ISBN 9788494794025).

¹⁵ “*A sabiendas de su injusticia*”, reza textualmente el art. 320 CP, lo que ya nos indica la arbitrariedad de dicha resolución, ya que si la autoridad o funcionario público no conociere la injusticia de su actuación no cabría hablar de irregularidad alguna en relación con su conducta, sin perjuicio de que la resolución no fuere ajustada a derecho.

¹⁶ STS 727/2000, de 23 de octubre de 2000 (F. J. 4.).

una actuación tan grave (patente y grosera¹⁷, jurisprudencialmente) que trascienda del ámbito del Derecho Administrativo y se enmarque en el Derecho Penal por suponer la comisión de un delito.

En relación con la parte subjetiva, dicho tipo penal únicamente puede ser realizado con dolo, entendiendo por tal concepto aquella situación que se da cuando se crea un riesgo típicamente relevante que afecta al bien jurídico protegido y, además, se busca crear dicho riesgo, ya sea directa, indirecta o eventualmente¹⁸. Así, el dolo “*es el conocimiento del riesgo de lesión para el bien jurídico-penal que entraña la realización de la conducta*”¹⁹. Y como se decía, la expresión “*a sabiendas de su injusticia*” contenida en el art. 320 CP ya nos indica claramente que este delito únicamente puede ser cometido por dolo directo, descartando el indirecto y el eventual y la imprudencia, por cuanto la autoridad o funcionario público realiza la conducta típica siendo plenamente consciente de que no está actuando conforme al ordenamiento jurídico y que la resolución dictada adolece de tal vicio, según ha establecido el TS²⁰.

En virtud de todo lo antedicho, y en relación con el supuesto práctico que nos ocupa, considero que sí concurre la acción típica descrita por cuanto Gemma, en su condición de alcaldesa del Ayuntamiento de Alcaucín, y por tanto funcionaria pública, dicta una resolución arbitraria en el bien entendido de que no observa las normas esenciales del procedimiento, ya que no ha recabado los informes técnicos ni jurídicos preceptivos, y que materialmente contraviene lo dispuesto en la normativa urbanística: así, el propio enunciado nos indica que en los terrenos sujetos a licencia solamente podían edificarse construcciones vinculadas a actividades productivas, no viviendas unifamiliares. Además, concede una licencia de segregación en cuyos méritos autoriza a Darío, sujeto pasivo del delito por ser el titular de las licencias concedidas, a dividir materialmente la finca en dos parcelas de 5.000 m² cada una, contraviniendo de esta forma también la Resolución de la Dirección General de Desarrollo Rural y Actuaciones Estructurales de 4 de noviembre de 1996, que fija expresamente la unidad mínima de cultivo para las fincas de secano, como lo es la del presente caso, en 25.000 m².

Por tanto, no es que Gemma interprete errónea o equivocadamente la normativa, en cuyo caso la acción sería atípica (sin perjuicio de que constituyese una ilegalidad administrativa susceptible de ser nula de pleno derecho²¹), sino que la vulnera de forma flagrante, no ya sólo por conceder a mi defendido de forma continuada las licencias sin respetar las normas de derecho material, sino también porque no observa las normas procedimentales al no demandar en ningún momento los informes técnicos y jurídicos obligatorios, previos a dichas concesiones.

¹⁷ SAP de La Coruña 235/2007, de 4 de junio de 2007 (F. J. 4.).

¹⁸ La doctrina clasifica el dolo en estas tres clases y los define de la siguiente manera: “*En el dolo directo de primer grado, el autor persigue la realización del delito; en el dolo directo de segundo grado, el autor no busca la realización del tipo, pero sabe y advierte como seguro (o casi seguro) que su actuación dará lugar al delito; y si en el dolo directo de segundo grado al autor se le representa el delito como consecuencia inevitable, en el dolo eventual (o dolo condicionado) se le aparece como resultado posible (eventual)*”. (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008, págs. 261-262. ISBN 364362002).

¹⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Carlos; MIR PUIG, Santiago; VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 58. ISBN 9788491191445.

²⁰ En tal sentido se pronuncia nuestro Alto Tribunal al insistir en que “*el delito de prevaricación sólo puede cometerse dolosamente. Ni siquiera resultaría suficiente un dolo eventual. “A sabiendas” reza el art. 404 enfatizando esa idea. (...) Se puede decir que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración*” (STS 294/2019, de 3 de junio de 2019 (F. J. 8.); STS 362/2018, de 18 de julio de 2018 (F. J. 14.)).

²¹ STS 362/2018, de 11 de julio de 2018 (F. J. 14.).

Todo ello nos debe llevar necesariamente a la conclusión de que tales hechos delictivos deberían ser imputados exclusivamente a Gemma en concepto de autora, de acuerdo con el art. 28 CP²². Sin embargo, y si bien en principio no cabe atribuirle la autoría de los mismos a mi defendido al no ostentar la condición de autoridad o funcionario público, considero que igualmente podría ser investigado por tales hechos en concepto de inductor, ya que el propio art. 28 CP dispone en la letra a) que “*también serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo*”, razonamiento éste acogido por el TS²³. Ello significa, pues, que la estrategia de defensa en relación a este delito será probar, durante el transcurso del procedimiento penal, y especialmente durante la fase de instrucción, en aras de obtener un sobreseimiento libre, que mi defendido no ha inducido a Gemma a conceder dichas resoluciones de forma arbitraria, demostrando que no se conocían ni con anterioridad ni en el momento en que tuvieron lugar los hechos presuntamente punibles y que, por ello, Darío no pudo inducir en modo alguno a Gemma para que ésta cometiese el delito.

Finalmente, con respecto a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en este caso entiendo que, en relación con mi cliente, quizá puede concurrir la agravante de reincidencia prevista en el art. 22.8 CP²⁴, por lo que una de las primeras actuaciones a realizar para su defensa será solicitar al Ministerio de Justicia el certificado de sus antecedentes penales a los efectos de comprobar si ha sido condenado con anterioridad por un delito de la misma naturaleza. Por otro lado, en relación con las atenuantes, puede ser de aplicación, a mi modo de ver, la prevista en el art. 21.6 CP²⁵ que establece las dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento²⁶, requiriéndose para ello que dicha dilación no haya sido ocasionada por el propio investigado y que no sea como consecuencia de la complejidad del asunto²⁷. No considero que deban aplicarse ninguna de las eximentes reguladas en el art. 20 CP²⁸.

4.2. Delito de cohecho activo.

En principio Gemma debe ser, en exclusiva, la única penalmente responsable en concepto de autora en el caso de que, tras la fase de instrucción y posterior celebración de juicio oral, resulte desvirtuada la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por haberse probado su participación en la comisión de un delito de prevaricación urbanística, dado que se trata de un delito especial propio, pues la acción típica requiere que el sujeto activo ostente la condición de autoridad o funcionario público; sin embargo, considero que Darío también puede ser acusado del mismo en concepto de inductor. Dicho esto, tal vez Darío podría ser investigado, simultáneamente, por la comisión de

²² Se aplica el precepto vigente actualmente (no ha sido objeto de reforma). Conforme al mismo, “*son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento*”.

²³ En efecto, la STS 358/2016, de 26 de abril de 2016 viene a decir que la persona que no ostenta la condición de autoridad o funcionario público, conocido procesalmente como “*extraneus*”, también puede cometer el delito de prevaricación, bien como inductor, bien como cooperador necesario (F. J. 4.).

²⁴ Se aplica el precepto vigente actualmente.

²⁵ Se aplica el precepto vigente actualmente.

²⁶ Esta circunstancia atenuante ha sido, de hecho, apreciada por la jurisprudencia en supuestos similares al del presente caso (así, la SAP de Valladolid 337/2019, de 3 de diciembre de 2019 estimó dicha atenuante, también para un delito de prevaricación urbanística cometido por los acusados, porque la instrucción del caso se alargó cerca de once años (F. J. 7.); por su parte, la SAP de Tenerife 294/2017, de 26 de junio de 2017 aprecia la concurrencia de las dilaciones indebidas como circunstancia atenuante simple para dos acusados debido a que, para ellos, el procedimiento había durado menos de seis años (F. J. 17.)).

²⁷ Se debe señalar que el caso práctico no indica en qué fecha se emite el dictamen. El proceso se incoa en 2013, así que si el dictamen se emitiese en 2021, en ese caso cabría poder hablar de la aplicación de dicha atenuante; en cambio, si entendemos que se emite en 2013, no se podría aplicar.

²⁸ Se aplica el precepto vigente actualmente.

un delito de cohecho activo, expresamente tipificado en el art. 423 CP²⁹ en la versión original de 1995 y que se considera una modalidad incluida en el genérico cohecho. En este sentido, tanto doctrina como jurisprudencia³⁰ son unánimes al distinguir dos modalidades de cohecho: el activo, que tiene lugar cuando es el particular quien ofrece la dádiva, y el pasivo, que ocurre cuando es el funcionario quien la acepta. Además, el pasivo puede ser clasificado de distintas maneras³¹, pero sólo será analizada la figura del cohecho activo por ser éste el que podría serle atribuido a mi defendido.

La diferencia entre el ordinal 1º y el 2º del art. 423 CP reside en que, mientras que el primero castiga al particular que ofrece la dádiva por sí solo, el segundo castiga a aquél que lo hace aceptando las exigencias de la autoridad o funcionario en cuestión, pero, en esencia, ambos condenan las mismas actuaciones. Al hilo de ello resulta oportuno señalar que, según la Real Academia Española, dádiva es “*cosa que se da como regalo*”³², pero se debe matizar que, para que se aprecie el cohecho, el regalo no se debe dar como simple liberalidad, por graciosa concesión del particular, sino para obtener algo a cambio, como bien apunta LUCENA³³. Precisar, además, que la dádiva, retribución o regalo no debe tener necesaria y exclusivamente un contenido patrimonial, sino que se admiten otros, según ha afirmado el TS³⁴.

A mayor abundamiento, se trata de un hecho delictivo común, porque puede ser realizado por cualquier persona, y de mera actividad, porque para que se aprecie su comisión bastará con el simple ofrecimiento o solicitud, “*no admitiendo formas imperfectas de ejecución*”³⁵. El bien jurídico cuya protección se pretende mediante su tipificación es la objetividad de la autoridad o funcionario público en su actuación, según expresa la STS 186/2012, de 13 de marzo de 2012³⁶. La doctrina, en sintonía con el TS, entiende que consiste en evitar que la autoridad o funcionario público incurra en corrupción, al objeto de reprimir que “*la actuación del funcionario venga*

²⁹ Se aplica el art. 423 CP que se encontraba vigente en el año 2003 por ser más favorable. Su redacción coincide con el CP de 1995.

³⁰ A modo de ejemplo, OLAIZOLA NOGALES alega que el bien jurídico protegido tanto en el delito de cohecho activo como en el pasivo es, simple y llanamente, el mismo, esto es, “*el ataque a las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración necesarias para su vigencia y su indemnidad*”, por lo que, al llegar a dicha conclusión, ya está distinguiendo entre ambas modalidades. (OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho. Especial consideración al delito de cohecho pasivo*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pág. 519. ISBN 9788480027700). Por su parte, la STS 545/1998, de 13 de enero de 1999 también reconoce ambos delitos (F. J. 6.), así como también lo hace la más reciente SAP de Barcelona 260/2016, de 26 de mayo de 2016 (F. J. 4.).

³¹ El cohecho pasivo puede ser propio o impropio, subsiguiente o consecuente o impropio de facilitación. (STS 795/2016, de 25 de octubre de 2016 (F. J. 6.); SAP de Málaga 118/2019, de 29 de marzo de 2019 (F. J. 6.).

³² Diccionario Real Academia Española de la Lengua.

³³ LUCENA, Abdeslam Jesús. *Reformas del delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2018, pág. 29. ISBN 9788491485544.

³⁴ La dádiva es, según el TS, “*cosa que se da graciosamente; presente, obsequio, regalo; ofrecimiento, decir o exponer una cantidad o presente que se está dispuesto a dar o pagar; promesa, expresión de voluntad de dar o hacer algo. La cuantía de dichos medios no viene expresamente establecida, por lo que cabe entender que puede ser cualquiera, aunque como se señala por la doctrina habrá que exigir que la misma tenga al menos una cierta capacidad de corromper, con exclusión de los claramente insignificantes*” (STS 507/2020, de 14 de octubre de 2020 (F. J. 141.))

³⁵ STSJ de Andalucía 11/2010, de 18 de junio de 2010 (F. J. 11.).

³⁶ En este delito, el TS indica que el bien jurídico que se protege es “*el prestigio y la eficacia de la Administración Pública, garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos. (...) Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quien hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal*” (STS 186/2012, de 13 de marzo de 2012 (F. J. 1.)).

*determinada por intereses particulares y no por el interés general definido por el ordenamiento jurídico*³⁷.

Por otro lado, y como resulta evidente, el sujeto activo del art. 423 CP sólo lo puede ser un particular que no ostente la condición de autoridad o funcionario público, mientras que el sujeto pasivo recaerá, precisamente, en la persona de este último.

Con respecto al tipo objetivo, comete la acción típica el particular no funcionario que corrompe o intenta corromper a la persona que participa en la función pública ofreciéndole o entregándole, por sí mismo o por requerimiento de ésta, un regalo para que: (i) realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo; (ii) realice un acto propio de su cargo; (iii) no realice o retrase un acto propio de su cargo que debería practicar; o bien (iv) en consideración a su cargo, actuaciones todas ellas que, de darse, afectan, según la STS de 10 de mayo de 1994³⁸, “a la confianza de los ciudadanos en el ejercicio objetivo y no venal de la función pública”, no a la institución a la que pertenece el funcionario corrupto.

En relación con la parte subjetiva, huelga decir que dicho delito únicamente puede ser realizado dolosamente³⁹, pues indudablemente el particular sabe que, ofreciendo o entregando dádiva a la autoridad o funcionario público a cambio de que éste haga un acto en su favor, lo está corrompiendo.

Por todo lo anterior, y aplicando tales nociones al caso objeto de autos, a mi parecer considero que no podría formularse acusación contra mi defendido por un presunto delito de cohecho activo, sino que, en tal sentido, entiendo más bien que si se investigase a Darío por ello sería sin fundamento y únicamente en base a meras conjeturas. ¿Por qué? Porque si bien mi cliente ostenta, lógicamente, la condición de particular (y en ese caso sería el sujeto activo), no concurren el resto de los requisitos básicos del ilícito penal: así, de los autos no se desprende, ni se menciona en ningún momento, que Darío haya dado a Gemma dádiva, regalo o retribución alguna para que la misma le conceda las licencias. Por tanto, no queda acreditada la comisión de dicho delito y no debería formularse acusación contra él por ello porque, en ese caso, la investigación se basaría en simples cábalas y sería imputado de forma infundada y no ajustada a derecho. En todo caso me encargaría de defender tal postura a ultranza, negando los hechos que la acusación pueda formular o, en todo caso, probando que la misma no se ha producido. En todo caso, la carga de la prueba recae sobre quien lo alegue. Así pues, al considerar que no concurre la acción típica, no cabe tampoco entrar en el análisis de la parte subjetiva y, de igual modo, no existen tampoco circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que aplicar⁴⁰, ni responsabilidad civil derivada del delito que determinar.

³⁷ AA.VV. *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2017, pág. 196. ISBN 9788491480297.

³⁸ STS de 10 de mayo de 1994 (F. J. 9.).

³⁹ Según afirma SERRANO ROMO, “*el elemento subjetivo del delito de cohecho requiere para su configuración un dolo directo. (...) La no sanción penal expresa de los delitos de cohecho culposos y la propia estructura subjetiva de las infracciones admiten sólo la realización dolosa, aun en la modalidad de dolo eventual. Así, se estima la comisión del cohecho con dolo eventual, al entenderse que el delito de cohecho puede cometerse dolosamente, con dolo directo o eventual, en concordancia con el elemento subjetivo del injusto en la expresión “en provecho propio o de un tercero”.*” (SERRANO ROMO, Álvaro Alejandro. *Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de derecho comparado (Tesis Doctoral Inédita)*. España: Universidad de Sevilla, 2017, págs. 255-256).

⁴⁰ Ahora bien, si se diese el caso de que mi defendido sí hubiere incurrido en dicho delito, para su defensa me parecería interesante intentar aplicar la eximente prevista en el artículo 426 CP actualmente vigente, en cuyos méritos se dispone que el particular influyente quedará exento del delito de cohecho activo si denuncia los hechos antes de la apertura del proceso penal y, en todo caso, antes de transcurridos dos meses desde su realización. Se intentaría aplicar el art. 426

4.3. Delito de tráfico de influencias.

Adicionalmente a todo lo que ya ha sido expuesto, me ha parecido oportuno examinar igualmente si los hechos descritos podrían ser constitutivos del ilícito penal contenido en el art. 429 CP⁴¹, esto es, el delito de tráfico de influencias desde la posición del particular, en orden a determinar si mi defendido podría ser asimismo investigado por dicho hecho criminal. Y todo ello habida cuenta de que los delitos de prevaricación urbanística y de cohecho (que, de haberse dado en el presente dictamen, sería activo), guardan un vínculo estrecho con el tráfico de influencias⁴². Es preciso matizar, sin embargo, que en principio no parecen concurrir las notas características de dicho tipo penal, pero de todas maneras se procederá a su análisis para poder asesorar a mi cliente de la mejor forma posible.

El tráfico de influencias está regulado en los arts. 428 a 431 CP, tanto en la versión de 2003 como en la actualmente vigente; no obstante, el que más me interesa, a los efectos del dictamen, es el art. 429 CP de 1995, ya que es el precepto que castiga al particular por influir en la autoridad o funcionario público. En general, se trata de un delito que guarda una gran similitud con el cohecho, si bien presentan diferencias que motivan que ambos se regulen de forma autónoma e independiente⁴³, y que con cuya tipificación lo que se intenta conseguir es lo siguiente:

“Abarcar penalmente ámbitos que desbordan la inducción a la prevaricación, como es la creación de redes de favor que eventualmente, aunque no necesariamente, pueden facilitar la adopción de resoluciones orientadas a la satisfacción de intereses privados”⁴⁴.

Consecuencia de lo anterior es que, al igual que en el delito de cohecho, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública, en aras de evitar que el personal de esta incurra en actos de corrupción y, de esta forma, garantizar la *“imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública”⁴⁵*. Por lo demás, el tráfico de influencias posee una naturaleza común en tanto en cuanto el sujeto activo puede serlo cualquier particular que no sea autoridad o funcionario público, correspondiéndole a este último, pues, la posición pasiva del delito, en el bien entendido de que es la persona sobre la que el particular influye ejerciendo su

del CP vigente, y no el art. 427 del CP de 1995, por ser el primero más favorable que el segundo, pues el primero prevé un plazo de dos meses desde la realización de la conducta punible, mientras que el segundo solo de diez días.

⁴¹ Se aplica el precepto que se encontraba vigente en el año 2003 por ser más favorable y que, de igual modo que ocurría con los delitos anteriormente examinados, coincide con la redacción del CP de 1995. De acuerdo con ello, el art. 429 CP dice lo siguiente: *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”*.

⁴² Así, por citar un ejemplo, la AN enjuició a varios acusados en la denominada “Operación Pretoria”, instruida por el Magistrado Baltasar Garzón Real, por la comisión de los delitos de tráfico de influencias, cohecho y prevaricación, además de por otros. (SAN 31/2018, de 29 de junio de 2018). Otras resoluciones en las que igualmente se enjuicia a los acusados por tales delitos mencionados es la STS 485/2016, de 7 de junio de 2017, o bien la SAP de Alicante 247/2021, de 7 de julio de 2021.

⁴³ El TS ha indicado en su Sentencia de 10 de marzo de 1998 que el delito de tráfico de influencias *“contiene una indudable afinidad con el delito de cohecho, ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de los funcionarios públicos”*. Sin embargo, y como se ha dicho, también advierte disparidades entre ambos por cuanto dispone que *“a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el de tráfico de influencias están comprendidos aquellos supuestos en los que, si bien se pretende conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, para conseguirlo se emplean medios distintos a las dádivas o presentes”*. (F. J. 1.).

⁴⁴ STS 693/2019, de 29 de abril de 2020 (F. J. 5.).

⁴⁵ MUÑOZ LORENTE, José. Delito de tráfico de influencias. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. España: 2014, núm. 7, pág. 3. ISSN 22536655.

prevalimiento⁴⁶. Por tanto, de conformidad con ello, cometerá la acción típica objetiva el particular que, prevaliéndose de su relación personal y, especialmente, de su situación de superioridad, influya en la autoridad o funcionario público a fin de que éste dicte una resolución, bien en favor suyo, bien en favor de un tercero. Bastará la mera sugerencia (pues el CP impone la pena en su mitad superior cuando el particular consigue el fin pretendido), requiriéndose únicamente “*que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida*”⁴⁷. De ello se deduce que, en relación con la parte subjetiva del tipo, tal delito solo se puede cometer de forma dolosa⁴⁸.

Por último, MUÑOZ LORENTE opina que, si bien es cierto que estamos ante un delito que tiene su propia operatividad, es también residual (en sus palabras, delito “refugio”), en el sentido de que se puede recurrir al mismo “*cuando no sea posible probar la concurrencia de todos los elementos típicos de otros delitos de corrupción más tradicionales, como son la prevaricación y el cohecho*”⁴⁹. Al respecto, resulta conveniente enlazar tal afirmación con el anterior apartado, en el que finalizaba señalando que no podía investigarse a Darío por un delito de cohecho activo, al no quedar acreditado que éste hubiera dado a Gemma un presente para que, a cambio, le concediese las licencias. En consecuencia, al no haberse probado la entrega de la dádiva, no se da el ilícito del art. 429 CP. Sin embargo, según nuestro autor, cuando no se puede acreditar la concurrencia de “*un elemento esencial en el delito de cohecho, resulta viable recurrir a estos delitos de tráfico de influencias*”⁵⁰, lo que nos llevaría, en ese caso, a que mi defendido fuese imputado por dicho delito. Ahora bien, para ello será necesario, como bien apunta MUÑOZ LORENTE, “*probar la relación personal con el funcionario público que posibilita la influencia sobre él*”⁵¹. Aplicándolo a nuestro caso, significa ello que debería probarse la relación personal entre Darío y Gemma, cosa que, de lejos, no ha resultado ser así, pues en el enunciado tampoco consta, ni se refleja en modo alguno, la existencia de dicha relación personal.

Por todo lo expuesto, debo concluir el presente apartado de la misma forma en que lo hacía cuando analizaba el delito de cohecho activo: que mi defendido no debe ser investigado por la presunta comisión del delito de tráfico de influencias previsto en el art. 429 CP ya que los hechos descritos no son subsumibles en él, toda vez que del supuesto de hecho no se desprende relación, ni personal ni de ningún tipo, entre Darío y Gemma, y, por tanto, falta un elemento esencial del ilícito penal. Consecuentemente, al no darse el elemento esencial, no cabe entrar en la valoración del elemento subjetivo, ni en el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, ni en la responsabilidad civil derivada del delito. De nuevo, como señalaba en el anterior apartado en relación con el cohecho, si Darío fuese investigado por tráfico de influencias sería en base a simples conjeturas y no en hechos motivados.

⁴⁶ Según el tenor literal del art. 429 CP, “*el particular que influyere en un funcionario público o autoridad...*”.

⁴⁷ SAP de Alicante 247/2021, de 7 de julio de 2021 (F. J. 3.).

⁴⁸ STS 300/2012, de 3 de mayo de 2012.

⁴⁹ MUÑOZ LORENTE, José. Delito de tráfico de influencias. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. España: 2014, núm. 7, pág. 5. ISSN 22536655.

⁵⁰ MUÑOZ LORENTE, José. Delito de tráfico de influencias. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. España: 2014, núm. 7, págs. 4-5. ISSN 22536655.

⁵¹ MUÑOZ LORENTE, José. Delito de tráfico de influencias. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. España: 2014, núm. 7, págs. 5. ISSN 22536655.

En la misma línea se pronuncia la STS 277/2018, de 8 de junio de 2018, que establece, como requisito para que pueda aplicarse el art. 429 CP, que se pruebe la existencia de “*un prevalimiento basado en la relación personal directa con el funcionario o con otra autoridad*” (F. J. 30.).

4.4. Relación concursal.

Una vez estudiadas las posibles acusaciones que se podrían dirigir contra mi cliente, se procede ahora a analizar cuál es la relación concursal que podría darse entre los diferentes delitos examinados. Para ello, debemos partir de la distinción entre “concurso de leyes” y “concurso de delitos”: así, el primero ocurre cuando a unos hechos punibles les son aplicables dos o más normas penales, debiendo decidir, pues, en cuál subsumirlos, pues de lo contrario se estaría infringiendo el llamado principio *non bis in idem*⁵², como bien apunta MIR PUIG⁵³. Por su parte, el concurso de delitos es una figura jurídica, regulada en los arts. 73 a 78 CP, que tiene lugar cuando una persona es penalmente responsable por la comisión de dos o más hechos delictivos. Teóricamente poco o nada se puede añadir a lo que jurisprudencia y doctrina ya han establecido, si bien es importante la clasificación realizada por MUÑOZ CONDE⁵⁴, quien, según concurren una o varias acciones, distingue entre concurso formal o ideal, concurso material o real o concurso medial (y, a este respecto, señalar que algunos autores suelen incluir el concurso medial dentro del ideal, pues el propio CP los regula conjuntamente en su art. 77.1⁵⁵).

No considero que en el caso del presente dictamen se dé ninguna relación concursal, pues, a mi parecer, los hechos descritos son constitutivos exclusivamente del delito de prevaricación urbanística, sin que quepa que sean castigados por ningún otro. No obstante, en el supuesto de que del enunciado se apreciase también la comisión de un delito de cohecho activo y/o de tráfico de influencias por parte de Darío, estaríamos, bajo mi punto de vista, ante un concurso ideal, ya que, tanto en un caso como en el otro, esto es, tanto si entrega a Gemma un presente como si influye en la misma prevaliéndose de su relación personal, la estaría induciendo a concederle las licencias. Por tanto, en ambas situaciones estaría cometiendo dos delitos por medio de una sola acción; no obstante, como se decía, dicho extremo debe descartarse toda vez que del relato fáctico no se desprende que hayan sido cometidos.

Sin embargo, sí entiendo que nos encontramos ante un delito continuado de prevaricación urbanística por cuanto Gemma concede la primera de las licencias el 18 de febrero de 1999 y la última el 8 de abril de 2003, concediendo otras cuatro más durante dicho periodo. En este sentido,

⁵² El principio *non bis in idem*, reflejo de la legalidad penal, consiste en el derecho a no ser sancionado dos veces por la misma conducta. Para su apreciación es necesaria la concurrencia de tres requisitos: identidad de sujeto, identidad de hechos e identidad de fundamento (triple identidad). Si falla uno, se considera que no concurre el mencionado principio y, en ese caso, si se impusiera una doble sanción no se vería infringido. De acuerdo con la STC 177/1999, de 11 de octubre de 1999, “a la hora de tutelar adecuada y eficazmente el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (*non bis in idem*) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 CE, (...), hemos de concluir que, irrogada una sanción, sea ésta de indole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado, en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo” (F. J. 4.).

⁵³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008, pág. 652. ISBN 364362002.

⁵⁴ Este autor define tales conceptos de la siguiente forma:

“Concurso ideal: Cuando una sola acción infringe varias disposiciones legales. (...) Es decir, cuando con una sola acción se cometen varios tipos delictivos homogéneos (la bomba del terrorista mata a varias personas) o heterogéneos (la bomba mata y produce daños materiales), surge el llamado concurso ideal.

Concurso medial: Cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. Realmente en este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados, pero la conexión íntima entre los delitos cometidos (...) hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho.

Concurso real: Se da cuando concurren varias acciones o hechos cada uno constitutivo de un delito autónomo. (...) Cada acción por separado constituye un delito.” (GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 441-445. ISBN 9788413139401).

⁵⁵ Se aplica el precepto vigente actualmente.

el delito continuado requiere, según la SAN 8/2017, de 31 de marzo de 2017, “desde el punto de vista objetivo, la pluralidad de hechos delictivos y la unidad de precepto penal violado; y, desde el punto de vista subjetivo, la unidad de propósito (dolo unitario o de conjunto)”⁵⁶, presupuestos que concurren en el supuesto de autos por cuanto queda acreditado que Gemma concedió a mi defendido múltiples licencias de forma irregular durante un lapso de tiempo determinado. Así pues, la alcaldesa ha cometido varios hechos delictivos infringiendo de forma reiterada la misma norma penal y, por tanto, no cabe duda de la concurrencia de dicha continuidad, lo que comportará que, si resulta acreditado que mi defendido la indujo a la aprobación de las licencias, la pena prevista deberá imponerse en su mitad superior, conforme a lo establecido en el art. 74.1 CP en su redacción original de 1995⁵⁷.

4.5. Responsabilidad civil derivada del delito.

La conclusión a la que se ha llegado, tras tomar en consideración los apartados anteriores, es que los hechos del caso solo pueden subsumirse en el delito de prevaricación urbanística, debiendo atribuirle la autoría a Gemma en tanto que alcaldesa del Ayuntamiento de Alcaucín y, por ende, sujeto activo del delito. Y, en el mismo sentido, mi defendido podría ser acusado en concepto de inductor, por lo que si al final del procedimiento ciertamente queda probado que Darío indujo a Gemma a concederle las licencias infringiendo la legislación, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental, el ilícito penal dará lugar al nacimiento de la responsabilidad civil, entendiendo por dicho concepto la obligación del reo de indemnizar a la víctima y/o a los perjudicados mediante la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados, conforme al art. 110 CP⁵⁸. Las tres pretensiones pueden ser ejercidas acumulativamente.

La doctrina mayoritaria⁵⁹ entiende que la responsabilidad civil consiste en una consideración a la víctima o al agraviado por el delito, pues es el Estado quien, en representación de la sociedad, se apropia, por así decirlo, del ejercicio de la acción penal, situándose, por tanto, “por encima de la relación entre agresor y agredido”⁶⁰ y prohibiendo al agraviado tomarse la justicia por su mano, dicho sea en términos coloquiales. Con todo, sucede que la imposición de una pena al reo no resarce los daños por él cometidos a través de su conducta delictiva, razón por la que, como regla

⁵⁶ A efectos conceptuales, me ha parecido interesante lo que la AN determinó en la citada sentencia: “El delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74 CP, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece constituido, por tanto, el delito continuado, por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello, tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos” (SAN 8/2017, de 31 de marzo de 2017) (F. J. 3.).

⁵⁷ Se aplica el precepto que se encontraba vigente hasta el 1 de octubre de 2004 por ser más favorable para Darío. El actual, reformado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, señala que la pena en casos de delito continuado se impondrá en su mitad superior, “pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado”, lo que es claramente más perjudicial para mi defendido.

⁵⁸ Se aplica el precepto vigente actualmente. Véase que dicho artículo establece un orden de prelación a seguir a la hora de aplicar la responsabilidad civil derivada del delito, debiendo, en primer lugar, intentar reponer la situación a su estado anterior, siendo la última opción la de indemnizar los daños causados mediante el pago de una suma económica.

⁵⁹ En este sentido, MORENO CATENA (CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 40. ISBN 9788413362632). Igualmente, PÉREZ-CRUZ MARTÍN (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 207. ISBN 9788413555485.).

⁶⁰ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 40. ISBN 9788413362632.

general, los delitos suelen llevar aparejada su correspondiente responsabilidad civil, tal y como señala MIR PUIG⁶¹. Y se puntualiza diciendo “como regla general”, ya que el TS ha establecido que no siempre la responsabilidad penal da lugar a la civil:

“No es cierto (...) que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente la civil. Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho, además del daño criminal a ellas inherente, producen un daño civil, es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el Código Penal, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual se mantiene la opinión de que los delitos formales o de peligro no son susceptibles de generar responsabilidad civil”.⁶²

Por ello, una cosa es el hecho punible en sí mismo, que, probada su realización, se castiga mediante la imposición de la pena o medida de seguridad pertinente; y otra, totalmente distinta, es la responsabilidad civil derivada de dicho delito, que trata de reparar los daños y/o perjuicios por él causados y que podrá ser ejercitada por el agraviado, bien en el mismo proceso penal, bien reservándose la acción para ejercitarla posteriormente en un proceso civil, pudiendo incluso llegar a renunciar a su ejercicio (arts. 107 y 108 LECRIM), si bien tal renuncia deberá ser expresa, ya que en caso contrario se entiende ejercitada juntamente con la acción penal (art. 112 LECRIM). Además, conforme al artículo 118.1 CP⁶³, una persona puede estar exenta de responsabilidad penal, pero, en cambio, sí estar sometida a la civil.

En relación con los delitos de prevaricación urbanística, y de acuerdo con la jurisprudencia recaída en casos similares al del presente dictamen⁶⁴, la responsabilidad civil atiende, en primer lugar, a la restitución de la cosa o situación a su estado anterior, por lo que, acreditado el mismo, deberá procederse al restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada, declarando la nulidad de pleno derecho de las licencias concedidas por Gemma a Darío y, en consecuencia, demoliendo las edificaciones construidas ilegalmente, habiendo de imponerse el coste de tales actuaciones a los efectivamente condenados y sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponderle, en este caso, a Carla, dado que se trata de un tercero de buena fe y que se cuantificarán atendiendo al valor de las edificaciones ilegalmente construidas. La demolición de las construcciones realizadas resultan, en supuestos de esta índole, del todo inevitable, ya que, si bien se trata de una medida potestativa, la doctrina jurisprudencial considera que si simplemente se limitasen a castigar el delito cometido mediante la imposición de la pertinente pena privativa de libertad, ello generaría desconfianza entre los ciudadanos con respecto a los fines de prevención del derecho penal ya que, pese a todo, “*los autores del delito continuarían en el uso y disfrute de lo ilícitamente construido*”⁶⁵.

⁶¹ Según este autor, “*la comisión de un delito puede ocasionar un daño patrimonial y/o moral en la víctima u otros perjudicados. Mediante la pena no se resarce al perjudicado por dicho daño; para ello se prevé la responsabilidad civil. El autor del delito deberá reparar el daño económico causado o indemnizar los perjuicios mediante el pago de una cantidad*” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008, pág. 46. ISBN 364362002).

⁶² STS 936/2006, de 10 de octubre de 2006 (F. J. 7.).

⁶³ Se aplica el precepto vigente actualmente.

⁶⁴ En este sentido las SSAP de Sevilla 450/2008, de 29 de julio de 2008 (F. J. 7); de Valencia 334/2011, de 20 de abril de 2011 (F. J. 7.); de Segovia 69/2020, de 27 de noviembre de 2020 (F. J. 4.), entre otras.

⁶⁵ En concreto, la SAP de Sevilla 197/2010, de 18 de marzo de 2010 dispone que “[la] demolición es ya mayoritariamente considerada como verdadera consecuencia civil derivada de un ilícito penal, con sustento en los artículos 109 y siguientes del Código Penal en cuanto hablan de “la reparación del daño” y que “podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o no de hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa”, siendo su única especialidad la que deriva de ser el bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual y, por ello, la colectividad el verdadero titular de ese derecho a la reparación. (...)”

Por último, creo conveniente manifestar que, si finalmente mi representado es también, junto con Gemma, condenado por dicho delito, ambos deberán responder civilmente en la cuota que a tal efecto establezca el órgano jurisdiccional, siendo responsables solidariamente entre sí en relación a sus respectivas cuotas (art. 116.1 y 2 CP⁶⁶).

4.6. Otros sujetos penal y/o civilmente responsables.

En mi opinión, del supuesto de hecho no se desprende que existan otros sujetos distintos a los mencionados que puedan responder penalmente por los acontecimientos sucedidos. Por ejemplo, no se puede decir que Carla pueda ser criminalmente responsable del delito del art. 320.2 CP, dado que, conforme al enunciado del caso, no interviene en ningún momento en la solicitud y posterior aprobación de las licencias ilegales. En cambio, considero que civilmente sí puede ser también responsable el Ayuntamiento de Alcaucín, pues el art. 121 CP⁶⁷ establece la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos en los supuestos de delitos dolosos o culposos cometidos por sus autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos. Por ello, entiendo que el Ayuntamiento, en tanto que entidad local, puede ser responsable civil subsidiario, ya que Gemma actúa en todo momento en su condición de alcaldesa de Alcaucín, y por tanto funcionaria pública, en el momento de la concesión de las licencias, por lo que deberá responder en defecto de ésta. Ahora bien, para ello se requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que han sido establecidos por el TS⁶⁸:

- Respecto del acusado, se exige que se declare penalmente su responsabilidad. Por ende, Gemma deberá ser declarada culpable del delito de prevaricación urbanística.
- Respecto del hecho punible, se requiere que el mismo haya sido realizado por el sujeto activo del delito en el ejercicio de su cargo o funciones, lo que, trasladado al presente dictamen, significa ello que Gemma debe haber concedido las licencias a Darío en su condición de alcaldesa, lo cual efectivamente ha ocurrido.
- Respecto del resultado, debe existir una relación de causalidad entre el delito cometido y la reparación que se pretende por la vía de la responsabilidad civil *ex delicto*, pues, como indica el Alto Tribunal, “*sin ella [la lesión] no cabe imponer al criminalmente responsable la derivada responsabilidad civil, y sin ésta no cabe hablar de la subsidiaria de la Administración a la que corresponden las funciones del agente*”. En este caso, dicho nexo causal sí existe por cuanto la actuación de Gemma comporta una perturbación de la ilegalidad urbanística que, amén de la correspondiente pena a imponer, se debe reparar mediante la demolición de los edificios construidos.

En virtud de todo lo expuesto, entiendo que el Ayuntamiento de Alcaucín deberá responder como responsable civil subsidiario, toda vez que concurren los presupuestos que se acaban de examinar.

Entendemos que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado” (F. J. 7.).

⁶⁶ Se aplica el precepto vigente actualmente.

⁶⁷ Se aplica el precepto vigente actualmente.

⁶⁸ STS 15/2013, de 16 de enero de 2013 (F. J. 3.).

4.7. Prescripción.

El legislador español ha previsto en el art. 131 CP⁶⁹ la institución jurídica de la prescripción para el ejercicio de la acción penal, distinguiendo distintos plazos en función de la pena prevista para cada delito en concreto. El resultado inherente es la extinción de la responsabilidad criminal, lo que comporta “*la imposibilidad de imponer una pena al responsable de la infracción y/o de ejecutar la pena ya impuesta al mismo*”⁷⁰. Pese a ello, si bien el efecto jurídico está claro, ni doctrina ni jurisprudencia son unánimes a la hora de definir cuál es el fundamento de la prescripción. Con todo, un sector mayoritario afirma que se halla en la seguridad jurídica, esto es, en el hecho de que necesariamente debe existir un plazo preclusivo para el ejercicio del *ius puniendi* a los efectos de que, como sostiene GONZÁLEZ TAPIA, “*las relaciones jurídicas no permanezcan indefinidamente en la incertidumbre*”⁷¹.

Bajo mi punto de vista, opino que, en principio, no se podría utilizar la prescripción como estrategia defensiva para mi defendido. En efecto, y como se ha dicho, estamos ante un delito continuado de prevaricación urbanística, supuesto donde la prescripción empieza a computar a partir del día de la última infracción (art. 132.1 CP⁷²). Si se prueba que Darío es penalmente responsable de los hechos descritos en concepto de inductor, y partiendo de que Gemma le concedió la última licencia en fecha 8 de abril de 2003, la responsabilidad criminal no habría prescrito ya que el procedimiento es incoado en marzo de 2013 y, en este sentido, nos encontramos con que la prevaricación urbanística es un tipo penal castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, además de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, todo ello conforme a los arts. 320 y 404 del CP de 1995, aplicables al fondo del asunto por ser más favorables, como ya ha habido ocasión de señalar. Pues bien, en caso de penas compuestas, se está a la que exija mayor tiempo para la prescripción, por lo que, siendo en este caso mayor la pena de inhabilitación especial, el delito tiene una prescripción de diez años.

Como la última infracción se cometió en abril de 2003, el delito prescribiría en abril de 2013. Y se dice “prescribiría”, en condicional, porque, efectivamente, ha sido incoado un mes antes de que se produjera la prescripción. Ello aparentemente, claro está, pues se debería acudir a los Juzgados y personarse en los autos para comprobar si realmente existe una imputación formal contra Darío, dado que, para que la prescripción se entienda interrumpida, el art. 132.2 CP establece como presupuesto ineludible “*que el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito*”.

Por ello se concluye señalando que no existe prescripción, al menos en apariencia, pues la causa ha sido iniciada un mes antes de que se produjera la misma. No obstante, no se puede descartar tampoco, sino que se debe estudiar concretamente las diligencias previas, toda vez que la prescripción solo queda interrumpida cuando el procedimiento se dirige contra la persona indiciariamente responsable de los hechos punibles, requiriéndose, para ello, que “*se dicte*

⁶⁹ Se aplica el precepto vigente actualmente.

⁷⁰ GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, pág. 29. ISBN 8497720776.

⁷¹ GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, pág. 60. ISBN 8497720776.

⁷² Se aplica el precepto vigente actualmente.

resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta” (art. 132.2.1º CP).

5. CUESTIONES PROCESALES.

En lo que a cuestiones procesales se refiere, se procede, a continuación, a determinar quién será el órgano judicial competente para cada una de las distintas fases previstas, así como cuál será el procedimiento a seguir, qué diligencias de investigación y/o medidas cautelares pueden ser acordadas y qué posibilidades existen de que otros sujetos puedan personarse en la causa, todo ello, como se decía al comienzo del presente Trabajo Fin de Máster, en aras de aconsejar a Darío sobre las distintas posibilidades existentes y elaborar un análisis legal que resuelva adecuadamente las dudas planteadas.

5.1. Competencia objetiva, funcional y territorial.

En este apartado se examina quién es el órgano judicial competente para el conocimiento y el enjuiciamiento del caso descrito, por lo que resulta del todo necesario realizar un pequeño inciso para analizar, con carácter previo, los conceptos de “jurisdicción” y “competencia”, términos que, en el ámbito procesal, están íntimamente ligados, según reconocidas fuentes doctrinales⁷³.

A este respecto, la jurisdicción consiste en la potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, función que el Estado encomienda en exclusiva a sus Juzgados y Tribunales, quienes deben declarar, según PÉREZ-CRUZ MARTÍN, “*el derecho aplicable a determinada relación o situación regulada por el ordenamiento jurídico*”⁷⁴. Dicha potestad tiene un origen constitucional, habida cuenta de que les es concedida por mandato del art. 117.3 CE. Así pues, se puede definir conceptualmente dicho término como la capacidad de impartir y administrar justicia, ejercida con carácter exclusivo por los órganos del Poder Judicial mediante la aplicación del ordenamiento jurídico vigente.

En relación con la competencia, la doctrina suele ser unánime al definirla. Por ejemplo, para PÉREZ-CRUZ MARTÍN, consiste en “[la] *aptitud o idoneidad de un órgano jurisdiccional para conocer de un proceso penal*”⁷⁵, mientras que para MORENO CATENA es “*la determinación del Tribunal que viene obligado, con exclusión de cualquier otro, a ejercer la potestad jurisdiccional en un concreto asunto*”⁷⁶. En consecuencia, puede definirse la competencia como el conjunto de reglas cuyo fin es, en esencia, la determinación del órgano judicial concreto, de los que integran el Poder Judicial, que debe conocer de un proceso específico con carácter exclusivo y excluyente.

Además, como tendremos ocasión de ver acto seguido, es preciso indicar que, en el proceso penal, la competencia para instruir y para enjuiciar corresponde a órganos jurisdiccionales distintos con el propósito de evitar la llamada “contaminación”, siendo tal aspecto una manifestación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías debidas recogido en el art. 24.2 CE, entre las que se encuentran la imparcialidad del Juez. Se entiende que la objetividad del órgano

⁷³ Basta citar a los autores MONTERO AROCA, NIEVA FENOLL, CRUZ-PÉREZ MARTÍN, GÓMEZ COLOMER..., entre otros.

⁷⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 61. ISBN 9788413555485.

⁷⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 67. ISBN 9788413555485.

⁷⁶ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 65-66. ISBN 9788413362632.

judicial podría verse comprometida si, además de investigar al encausado, también lo enjuiciase, razón por la que ambas etapas se atribuyen a órganos judiciales diferentes⁷⁷.

Tras aclarar tales nociones jurídicas, y entrando ya en la resolución de la presente cuestión, lo primero y más importante de todo es señalar que la jurisdicción penal española es la competente para el conocimiento del delito de prevaricación urbanística objeto de autos, a tenor de lo dispuesto en el art. 23.1 LOPJ⁷⁸, toda vez que el delito se ha cometido en territorio nacional. Dicha jurisdicción se caracteriza, por un lado, por tener una naturaleza exclusiva⁷⁹, ya que es la única capacitada para decidir si realmente un delito ha tenido lugar o no, y, por otro lado, por ser improrrogable, según el art. 8 LECRIM, pues, a diferencia del proceso civil, donde rige el principio dispositivo, el penal es indisponible por las partes ya que lo preside el principio de oficialidad⁸⁰, especialmente durante la fase de instrucción. Y tal aspecto se justifica porque el derecho (e implícitamente el proceso) penal, configurado como *ultima ratio*⁸¹, tiene por objeto castigar las infracciones que se produzcan, y, por ende, “*la justicia penal debe permitir un control de la criminalidad que resulte socialmente asumible y, al mismo tiempo, servir como respuesta punitiva de esas conductas que aparecen como intolerables para el conjunto de la sociedad*”⁸², como indica CORTÉS DOMÍNGUEZ. Consecuencia de ello es que, tal y como se decía, y como acertadamente apunta ASECIO MELLADO, “*la jurisdicción criminal es siempre improrrogable o, lo que es lo mismo, no es disponible por las partes en ninguna de sus manifestaciones objetiva, funcional o territorial*”⁸³. Y esto enlaza directamente con la cuestión de la competencia en sus distintas vertientes.

En este sentido, la competencia objetiva tiene por finalidad definir los asuntos de los cuales conocerán los Juzgados o Tribunales en primera instancia. Por consiguiente, y de acuerdo con el art. 10 LECRIM, corresponderá a la jurisdicción ordinaria, con carácter general, la competencia para conocer y enjuiciar las causas criminales, a excepción hecha de aquellas que, por razón de su carácter privilegiado o especial, deban ser atribuidas a otros órganos judiciales. En particular,

⁷⁷ Para MORENO CATENA, “*la garantía básica de la imparcialidad del juzgador puede verse amenazada o conculcada por su intervención en una fase anterior del procedimiento*”, por lo que “*el que instruye queda inhabilitado para intervenir como juzgador*” (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 51. ISBN 9788413362632).

⁷⁸ Conforme al art. 23.1 LOPJ, “*en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte*”.

⁷⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 61. ISBN 9788413360423.

⁸⁰ Mientras que el principio dispositivo es conocido como “principio de justicia rogada” en tanto en cuanto en la jurisdicción civil son las partes quienes peticionan al órgano judicial lo que estimen oportuno y éste queda, en consecuencia, sujeto a ello, debiendo pronunciarse “*sobre lo que hayan solicitado, como lo hayan solicitado y cuando lo hayan solicitado*” (STS 467/2018, de 15 de octubre de 2018 (F. J. 39.)), en la penal, presidida por el principio de oficialidad o también conocido como “principio de investigación”, no ocurre lo mismo, pues es el órgano jurisdiccional quien actúa por sí mismo al margen de las demás partes que pudieren haber en el proceso, pudiendo acordar, de oficio, las diligencias de investigación que estime más adecuadas para el esclarecimiento de los hechos y sin que ello comporte que está actuando arbitrariamente, pues dicha actuación tiene lugar siempre con respeto a las exigencias legales y procesales a tal efecto establecidas, dado que, de lo contrario, estaría incurriendo en un delito de prevaricación. De hecho, incluso en la acción de responsabilidad civil *ex delicto*, bien se ejercite en el mismo proceso penal, bien se reserve su ejercicio para el pertinente proceso civil, rige el principio de justicia rogada habida cuenta de que su naturaleza es, esencialmente, civil, según nos indica la STS 220/2021, de 11 de marzo de 2021 (F. J. 2.).

⁸¹ Según la RAE, la *ultima ratio* es una característica del Derecho Penal en virtud del cual se entiende que el Estado sólo puede acudir al mismo para la defensa de los bienes jurídicos protegidos como última opción, es decir, cuando no existen otros mecanismos menos lesivos e igualmente eficaces para castigar la conducta socialmente reprochable.

⁸² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 38. ISBN 9788413362632.

⁸³ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 14. ISBN 9788491190455.

indica NIEVA FENOLL que la jurisdicción ordinaria es la competente para el conocimiento de las distintas causas penales cuando el legislador no lo atribuya específicamente a “*la Audiencia Nacional, al Jurado, a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a los Tribunales militares o a los de menores*”⁸⁴. En cambio, con respecto a la investigación y enjuiciamiento de las personas aforadas es competente el TS, si bien, cuando se trate de delitos cometidos por personas que se encuentran sujetas a la jurisdicción ordinaria y otras, en cambio, a la aforada, la competente será igualmente la ordinaria, salvo excepciones (art. 11 LECRIM). A mayor abundamiento, dicha competencia puede ser determinada en base a razones cuantitativas y cualitativas:

*“Las razones cuantitativas distribuyen el conocimiento de los hechos punibles teniendo en cuenta la menor o mayor gravedad de la pena que pudiera llevar aparejado el delito o falta. Las razones cualitativas permiten fijar la competencia objetiva, o bien en función de la condición del acusado, o bien en razón del delito o falta cometido”*⁸⁵.

La funcional, a su vez, determina a qué órgano judicial le corresponde el conocimiento de cada una de las distintas fases procesales cuando el procedimiento ya está pendiente. De acuerdo con ello, la misma corresponderá al Juez o Tribunal que haya conocido de la causa penal en primera instancia, teniéndola también para todas las incidencias y para la ejecución de la sentencia que, en su caso, proceda dictar, conforme al art. 9 LECRIM.

Finalmente, nos encontramos con la territorial, que delimita la sede del órgano judicial que, entre los del mismo grado, es el competente para el conocimiento de la causa concreta. En otros términos, la competencia territorial “*distribuye los procesos entre los Juzgados por razón del lugar en que estén situados*”⁸⁶. Para ello se acude principalmente al criterio del *forum loci delicti commissi* o fuero del lugar donde el delito ha sido cometido (art. 14 LECRIM), siendo éste el fuero competencial preferente y debiendo acudir a otros, que se aplicarán supletoriamente, cuando no sea posible determinar con precisión el lugar donde los hechos presuntamente delictivos se han producido. En ese caso se atribuirá, en primer lugar, a los Juzgados y Tribunales del lugar donde se encuentren los vestigios del delito; en su defecto, a los del lugar donde el presunto reo haya sido aprehendido; en su defecto, a los del lugar de residencia del presunto reo; y, en defecto de todos ellos, a los de cualquier lugar donde se hubiere tenido conocimiento del delito (art. 15 LECRIM). Con todo, existe un fuero específico para los ilícitos de violencia de género, en cuyo caso la competencia territorial corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer del domicilio de la víctima (art. 15 *bis* LECRIM).

Aplicando tales nociones al presente dictamen, resulta que, como se decía, la jurisdicción competente para la investigación y, si procede, el enjuiciamiento del delito del art. 320.2 CP es la española, dado que los hechos han tenido lugar en Alcaucín, municipio andaluz perteneciente a la provincia de Málaga. Por tanto, la competencia para el conocimiento de dicho delito corresponderá, tomando en consideración el criterio cuantitativo:

- En la etapa instructora, objetivamente, a los Juzgados de Instrucción y, territorialmente, a los de Vélez-Málaga, en aplicación del art. 15 LECRIM, dado que, al tener constancia de que el hecho punible ha ocurrido en Alcaucín, no cabe recurrir

⁸⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 77. ISBN 9788413360423.

⁸⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 68. ISBN 9788413555485.

⁸⁶ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 102. ISBN 9788413360423.

a los fueros competenciales subsidiarios. Será éste también el competente funcionalmente.

- En la etapa intermedia⁸⁷, también a los Juzgados de Instrucción de Vélez-Málaga, en vista de que el procedimiento a seguir es el abreviado y una de sus diferencias con respecto al ordinario reside precisamente en que dicha fase se atribuye al Juez Instructor (art. 622 LECRIM, en relación con los arts. 780 y ss. del indicado texto legal). Todo ello, claro está, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional decida no sobreseer la causa por entender que, a resultas de las diligencias de investigación practicadas, existen suficientes indicios racionales de criminalidad. En tales circunstancias, lo que hará será dictar el auto de P.A.⁸⁸ (art. 779.1.4º LECRIM). E igual que en el párrafo anterior, será también el competente funcionalmente.
- En la etapa decisoria o de enjuiciamiento, a los Juzgados de lo Penal de Málaga, conforme al art. 14.3 LECRIM, habida cuenta de que, aunque estemos ante un delito continuado, la pena privativa de libertad del art. 320.2 CP no excede de dos años y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público del art. 404 CP, al que nos remite el anterior precepto, no excede de diez.

5.2. Procedimiento.

El proceso penal, cuyo presupuesto de apertura es la *notitia criminis*⁸⁹, tiene una estructura básica que la doctrina⁹⁰ acostumbra a clasificar distinguiendo entre etapa instructora y etapa decisoria o de enjuiciamiento, en medio de las cuales se situaría el período intermedio. Por tanto, se desarrollaría obedeciendo a la siguiente distribución: fase de instrucción – fase intermedia – fase de juicio oral. Sin embargo, existen distintos procedimientos a aplicar en función: (i) de la gravedad de la pena considerada en abstracto, esto es, la pena que establece el CP para cada tipo de delito, no la que solicita la acusación; (ii) del tipo de delito; o (iii) del sujeto pasivo. No obstante, el más recurrente suele ser el de la pena considerada en abstracto, esto es, el criterio cuantitativo que ha habido oportunidad de reseñar en el punto anterior, por lo que, en su virtud, el procedimiento a seguir para la investigación y enjuiciamiento del delito de prevaricación urbanística será el abreviado (art. 757 LECRIM), ya que en este caso la pena privativa de libertad prevista no excede de los nueve años que exige el procedimiento ordinario.

⁸⁷ Matizar que la fase intermedia es un constructo de los autores procesalistas, dado que la LECRIM no la menciona en ningún momento, sino que solamente distingue entre etapa instructora y etapa de enjuiciamiento. Por tanto, la distinción de dicha fase se hace a efectos de emisión del dictamen, para ser consciente de quién será el órgano judicial competente en cada momento a fin de aconsejar a Darío, pero es importante tener claro que la LECRIM no habla de ella.

⁸⁸ “Auto de procedimiento abreviado”. Es el auto que transforma las diligencias previas en un procedimiento abreviado. También se conoce como auto de transformación o auto de acomodación.

⁸⁹ La noticia de la perpetración de un hecho aparentemente delictivo.

⁹⁰ Por citar algunos autores: ASENCIO MELLADO (ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 210. ISBN 9788491190455); CORTÉS DOMÍNGUEZ (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 387. ISBN 9788413362632); NEIRA PENA (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 435. ISBN 9788413555485); NIEVA FENOLL (NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 315. ISBN 9788413360423); entre otros.

5.3. Diligencias de investigación.

Las diligencias de investigación tienen lugar durante la fase de instrucción, etapa donde se practican todas aquellas actuaciones tendentes a la averiguación de la comisión de un presunto hecho delictivo por parte del investigado⁹¹. Por ello, y salvo excepciones⁹², no tienen carácter probatorio⁹³, sino que, para que quede desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia, a los efectos de proceder a la imposición de una pena al encausado, deberá celebrarse el correspondiente juicio oral, fase del proceso donde se practicará la prueba pertinente. A la hora de acordarlas, deben tenerse en consideración una serie de principios rectores que, pese a estar contenidos en el art. 588 *bis* a) LECRIM, en realidad poseen un marcado carácter jurisprudencial. Los vemos a continuación.

5.3.1. Principio de legalidad.

Si bien el art. 588 *bis* a) LECRIM no lo menciona, es necesario incluirlo, pues el principio de legalidad es una garantía, más aún si cabe en un proceso penal, de todo Estado social, democrático y de Derecho. Dicho principio, que se consagra en el art. 25.1 CE, comporta el estricto sometimiento de Jueces y Tribunales a lo establecido de forma taxativa por la ley, pues en su virtud “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente*”. Por tanto, no hay delito ni pena si no existe previamente una ley que así lo establezca. El artículo referido supone un límite para el órgano jurisdiccional ya que no puede realizar una interpretación analógica en perjuicio del reo, debiendo aplicar única y estrictamente aquello contemplado en la legislación y siendo, pues, uno de los principios que más seguridad jurídica proporciona, ya que cualquier ciudadano puede conocer las conductas que se encuentran tipificadas por nuestro CP y las correspondientes sanciones que llevan aparejadas.

5.3.2. Principio de especialidad.

El principio de especialidad supone que la diligencia de investigación que se adopte en el marco de un proceso penal debe guardar relación con el delito en concreto que se está investigando (art. 588.2 *bis* a) LECRIM), siendo inadmisibles la adopción de una medida para prevenir delitos que no estén fundamentados en una base objetiva. El motivo de ello se debe a que el objetivo fundamental de la medida es investigar la presunta comisión de un hecho delictivo para poder proceder a la detención de su responsable y por ello se exige que la diligencia que se adopte esté orientada a investigar el delito objeto del proceso, ya que este principio sólo justifica la

⁹¹ En tal sentido se pronuncia GÓMEZ COLOMER, quien define la instrucción como “*fase de declaración en la que, tras el desarrollo de una investigación del hecho criminal y la constatación de existencia de responsabilidad criminal suficiente para enjuiciar a una persona (...), se le acusa ante un Tribunal pidiendo su condena*” (MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*. 27ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019, pág. 132. ISBN 9788413139258).

⁹² Véase los supuestos de prueba preconstituida y prueba anticipada.

⁹³ CORTÉS DOMÍNGUEZ refiere que “*las diligencias instructoras, por mucho que otra cosa parezca, no son actos probatorios. Los actos probatorios se desarrollan sólo y exclusivamente en el juicio (...) y van encaminados a demostrar la existencia de unos hechos que darán lugar a la absolución o la condena. En cambio, las actuaciones instructoras van encaminadas fundamentalmente a determinar las circunstancias que posibilitarán en el futuro abrir o no el juicio oral. (...) Por tanto, las actuaciones instructoras no cumplen, en principio, función alguna en el juicio y, desde luego, no son la base de la sentencia*” (CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 208-209. ISBN 9788413362632).

intervención al delito que se investiga, tal y como señala la STS 463/2019, de 14 de octubre de 2019⁹⁴.

Así pues, el principio de especialidad comporta una prohibición de los actos instructores de carácter prospectivo, es decir, de aquellas diligencias de investigación que, en palabras del TC, tienen por finalidad “*descubrir delitos o despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación*”⁹⁵. Por consiguiente, la diligencia cuya práctica se solicite o, en su caso, se acuerde, debe estar debidamente fundamentada y guardar relación con el delito que se está investigando ya que, si se adopta para un determinado hecho punible en concreto, no cabe que se investiguen otros.

5.3.3. Principio de idoneidad.

El principio de idoneidad, que es siempre tenido en consideración junto con el de necesidad, menor onerosidad y proporcionalidad, sirve, a tenor del art. 588.3 *bis a*) LECRIM, para establecer cuáles son los ámbitos objetivo y subjetivo de la medida, así como su duración en virtud de su utilidad. Según el TS, una diligencia de investigación “*deberá acordarse en auto suficientemente motivado bajo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (adecuación, imposibilidad de sustitución por otro medio de prueba menos gravoso y gravedad del delito investigado)*”⁹⁶.

En resumidas cuentas, este principio exhorta a que la diligencia que se pretenda adoptar sea adecuada al delito que se está investigando pues, en caso contrario, se obtendría un efecto negativo para la investigación ya que contribuiría a su entorpecimiento.

5.3.4. Principio de menor onerosidad.

El principio de menor onerosidad, basado en la subsidiariedad, comporta que la adopción de una diligencia únicamente procederá cuando no exista otra que sea menos gravosa para los derechos fundamentales del investigado e igualmente eficaz para la investigación (art. 588.4.a) *bis a*) LECRIM). En la fase de instrucción se pueden ver afectados diversos derechos fundamentales, por ello las diligencias de investigación tienen un carácter excepcional, porque lo que se intenta es que se afecte el menor número de derechos fundamentales posible y, por tanto, si hay una medida menos gravosa para el investigado, ésta deberá ser acordada con preferencia⁹⁷.

5.3.5. Principio de necesidad.

El principio de necesidad viene a establecer que el acuerdo de una diligencia de investigación únicamente procederá en aquellos casos cuya adopción sea imprescindible y precisa, es decir, la diligencia debe ser necesaria para la investigación porque, si no se llegara a adoptar, el proceso

⁹⁴ STS 463/2019, de 14 de octubre de 2019 (F. J. 4.).

⁹⁵ STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002 (F. J. 2.).

⁹⁶ STS 721/2018, de 26 de abril de 2018 (F. J. 2.).

⁹⁷ En concreto, la STS 733/2019, de 20 de junio de 2019 ha establecido que “*de la nota de excepcionalidad, se deriva que la intervención (...) no supone un medio normal de investigación, sino excepcional en la medida en que supone el sacrificio de un derecho fundamental de la persona, por lo que su uso debe efectuarse con carácter limitado, ello supone que ni es tolerable la petición sistemática en sede judicial de tal autorización, ni menos se debe conceder de forma rutinaria. (...) La nota de excepcionalidad se completa con las de idoneidad y necesidad y subsidiariedad formando un todo inseparable*” (F. J. 1.).

podría verse obstaculizado, de conformidad con lo establecido en el art. 588.4.b) *bis a*) LECrim. Este es también el criterio fijado al respecto por el TC, quien se ha pronunciado afirmando que el auto del Juez Instructor en el que se acuerde una diligencia ha de contener los motivos fácticos y jurídicos que justifiquen la necesidad de la medida, expresando los indicios existentes acerca de la presunta participación de una persona en la comisión de un hecho criminal⁹⁸.

5.3.6. Principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad exige que las diligencias de investigación sean proporcionadas con respecto al fin que persiguen, esto es, el esclarecimiento del hecho delictivo, ya que la jurisprudencia⁹⁹ entiende que solamente a través del cumplimiento de este principio se puede justificar la adopción de una diligencia instructora; es decir, el órgano jurisdiccional debe atender a este principio para ponderar la gravedad del delito objeto del proceso y poder justificar la adopción de una medida en lugar de otra. A mayor abundamiento, dicho principio viene a establecer igualmente una garantía en tanto supone la obligación de motivar razonadamente el auto en donde se acuerde la diligencia¹⁰⁰.

5.3.7. Aplicación al caso.

La LECRIM regula diferentes actos de investigación, los cuales pueden ser solicitados a instancia de parte o adoptados de oficio por el Juez Instructor, pues, como indica CORTÉS DOMÍNGUEZ¹⁰¹, en esta etapa rige principalmente el principio acusatorio, lo que se traduce en el hecho de que el órgano jurisdiccional puede acordar, dentro de los presupuestos legalmente establecidos y respetando los principios rectores examinados, la práctica de todas aquellas actuaciones instructoras que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos.

A modo enunciativo, pueden clasificarse distinguiendo entre aquellas que comportan una restricción de los derechos fundamentales (por ejemplo, la intervención de las comunicaciones telefónicas o telemáticas¹⁰²) y aquellas que no (por ejemplo, la declaración de un testigo). En líneas generales, los actos instructores pueden consistir en el reconocimiento de personas, ya sea fotográfico o en rueda (art. 369 LECRIM); los seguimientos en lugares públicos y que, a su vez, se subdivide en diferentes medidas: así, la captación de imágenes e instalación de dispositivos de seguimiento y de localización (art. 588 *quinquies a*) LECRIM); la instalación de dispositivos de seguimiento (arts. 588 *bis a*) hasta 588 *bis k*) LECRIM); la captación de conversaciones orales (arts. 588 *quater a*) hasta 588 *quater e*) LECRIM); o el seguimiento masivo de las comunicaciones en redes sociales); o bien los seguimientos en lugares privados, que, como el anterior, también se subdivide en diferentes diligencias, pudiendo consistir en el seguimiento de la correspondencia

⁹⁸ STC 167/2002, de 18 de septiembre de 2002 (F. J. 2.).

⁹⁹ STC 202/2001, de 15 de octubre de 2001 (F. J. 2.).

¹⁰⁰ Así lo ha declarado el TC al decir que “(...) este Tribunal ha establecido reiteradamente que el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales, expresando en ellas las circunstancias que justifican tal limitación, es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue, como fin, hacer posible el debate y comprobación de legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Para ello, el órgano judicial, en la resolución que adopte, debe efectuar necesariamente el juicio de ponderación entre el derecho o derechos fundamentales afectados y los intereses que tal afectación trata de proteger. (...) Si los órganos judiciales no motivan dichas resoluciones judiciales, infringen ya, por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados” (STC 47/2000, de 17 de febrero de 2000) (F. J. 7.).

¹⁰¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, págs. 218-219. ISBN 9788413362632.

¹⁰² Intervención en virtud de la cual se lesiona el derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones establecido en el art. 18.3 CE

individual en papel; el seguimiento de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (arts. 588 *bis a*) hasta 588 *bis k*) LECRIM); la captación de conversaciones presenciales con imagen y sonido (art. 588.3 *quater a*) LECRIM); o el seguimiento de equipos informáticos (arts. 588 *sexies a*) hasta 588 *sexies c*); y arts. 588 *septies a*) hasta 588 *septies c*) LECRIM); la entrada y registro en lugar cerrado (arts. 545 a 572 LECRIM); el registro de libros y papeles (arts. 573 y ss. LECRIM); la inspección ocular (arts. 326 y ss. LECRIM); el cuerpo del delito (arts. 334 y ss. LECRIM); la declaración del investigado (arts. 385 y ss. LECRIM); la declaración de testigos (arts. 410 y ss. LECrim); los careos (arts. 451 y ss. LECRIM); los informes periciales (arts. 456 y ss. LECRIM); las inspecciones e intervenciones corporales (art. 363 LECRIM); etcétera.

Tras todo lo antedicho, solicitaría, a mi modo de ver, la práctica de las siguientes actuaciones de investigación:

- La declaración de Gemma, a los efectos de que proporcione la información relativa a su participación en los hechos presuntamente delictivos. Si Gemma estuviere detenida, en principio debería ser interrogada dentro de las veinticuatro horas siguientes a dicha detención (art. 775 LECRIM), pero, durante el transcurso del procedimiento, se permite en todo momento que el Juez Instructor le tome declaración (art. 385 LECRIM), por lo que, al margen de su primera comparecencia, pediría su interrogatorio a fin de que explique la relación mantenida con Darío (por ejemplo, si lo conocía de antes o no), en aras a defender que Gemma y Darío no se conocían, razón por la que mi defendido no pudo inducir a Gemma en modo alguno a la concesión de las licencias ilegales. Y si resulta que Darío se halla también imputado o detenido, me encargaría de que se le tomase o se le hubiere tomado declaración en la primera comparecencia y de que la misma respete o hubiere respetado las garantías procesales previstas (derechos del investigado y detenido previstos en los artículos 118 y 520 LECRIM), sin perjuicio de que se le reciba declaración nuevamente durante la instrucción.
- La declaración testifical del Ayuntamiento de Alcaucín y/o la Asociación Alauense de Protección de la Flora y Fauna si se personan en la causa como acusación, porque, como dice ASECIO MELLADO, “*el acusador particular o el popular pueden declarar en calidad de testigos*”¹⁰³. No me queda claro, ya que la acusación es víctima del delito. De todas formas, si no intervinieren, requeriría al Juez Instructor la testifical del Ayuntamiento, toda vez que Gemma es la alcaldesa del mismo.

Éstas serían, en un primer momento, las actuaciones que, como abogada de Darío, pediría al órgano jurisdiccional, a efectos de demostrar que mi defendido no participó en ningún momento en los hechos delictivos descritos, sin perjuicio de que, mientras avance la instrucción, solicitase otras que se presentasen útiles para la defensa de mi cliente. No solicitaría, en cambio, las diligencias relativas a la determinación e identificación del/os investigado/s (arts. 368 y ss. LECRIM), toda vez que tales actuaciones se deben practicar “*cuando no aparezca suficientemente determinado el presunto responsable*”¹⁰⁴ y, en el caso objeto de autos, Gemma y Darío están plenamente determinados e identificados. E igualmente se debe indicar que las partes acusadoras podrían requerir la práctica de diligencias más restrictivas, como, por ejemplo, la

¹⁰³ ASECIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, pág. 124. ISBN 9788491190455.

¹⁰⁴ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 223. ISBN 9788413362632.

intervención de las comunicaciones, la captación y la grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos..., entre otros, habida cuenta de que, en jurisprudencia¹⁰⁵ similar a la del presente caso, dichas diligencias fueron solicitadas y acordadas. En esa hipótesis, lo que haría sería oponerme a ultranza, señalando que no procede la práctica de dichos actos instructores por cuanto no respetan los principios rectores expuestos, especialmente el de proporcionalidad, si bien, dada la jurisprudencia acabada de mencionar, es posible que finalmente se adoptasen. En todo caso, se deberá garantizar la efectiva defensa letrada en las distintas diligencias que se acuerden y, por esa razón, procuraría estar presente en la práctica de todas ellas; sin embargo, ello ni concede ni resta *per se* eficacia a las mismas, en el sentido de que la defensa letrada “*solo es preceptiva en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera*”¹⁰⁶, según manifiesta FERNÁNDEZ-GALLARDO.

5.4. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares son instrumentos procesales cuyo fin principal es asegurar la eficacia del procedimiento mediante el aseguramiento de la persona del investigado y/o sus bienes; es decir, tratan de lograr que el presunto delincuente se encuentre en todo momento a disposición de la autoridad judicial y, en especial, que esté presente en el acto del juicio oral, en orden a dar cumplimiento efectivo a la eventual sentencia condenatoria que pudiere dictarse¹⁰⁷, así como salvaguardar las posibles responsabilidades pecuniarias que pudieren derivarse. En el mismo sentido las delimita MORENO CATENA, quien refiere que son “*actuaciones procesales encaminadas a impedir que la voluntad del sujeto pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz*”¹⁰⁸.

5.4.1. Características.

Tienen una serie de notas generales: así, son instrumentales, ya que se adoptan cuando existe un proceso en donde se está investigando un hecho delictivo; temporales, dado que no pueden exceder el plazo de duración máximo previsto por la LECRIM; provisionales, ya que “*desaparecen cuando deja de ser necesaria en el proceso principal*”¹⁰⁹; variables, en el sentido de que se adoptan conforme a unas determinadas circunstancias concretas, por lo que, si éstas varían, deberán modificarse; y, por último, son igualmente jurisdiccionales, pues, al ser restrictivas de derechos fundamentales, únicamente pueden ser adoptadas por el Juez Instructor mediante el correspondiente auto motivado. Por ello, en función de las condiciones concurrentes en cada caso, las medidas cautelares pueden clasificarse entre aquellas que son personales y aquellas otras que son reales, las cuales, según NEIRA PENA, “*tienden a garantizar los efectos*

¹⁰⁵ Entre otras, las siguientes resoluciones: STS 463/2019, de 14 de octubre de 2019; SAP de Almería 266/2017, de 30 de junio de 2017; SAP de Valladolid 411/2013, de 22 de noviembre de 2013.

¹⁰⁶ Dicho autor indica que “*de la exigencia de los arts. 17.3 y 24.2 CE sobre la asistencia de Abogado en las diligencias judiciales y policiales no se deriva su necesaria e ineludible presencia en todos y cada uno de los actos de la instrucción penal. En los actos procesales en las que no es necesario garantizar la contradicción, la intervención del defensor no deviene obligatoria*” (FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier Ángel. La asistencia letrada en las diligencias de investigación. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. España: 2016, vol. 69, págs. 321 y 324. ISSN 02103001).

¹⁰⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 331. ISBN 9788413555485.

¹⁰⁸ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 299. ISBN 9788413362632.

¹⁰⁹ BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Proceso penal: Derecho Procesal III*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pág. 320. ISBN 9788413786339.

*penales y civiles de la sentencia, respectivamente*¹¹⁰. En efecto, las medidas cautelares personales están dirigidas a asegurar la presencia del procesado, mientras que las reales pretenden garantizar la efectividad de la responsabilidad civil derivada del delito. A estos efectos resulta muy ilustrativo el art. 299 LECRIM, en cuyos méritos se establece que en la instrucción tienen lugar las actuaciones tendentes a la preparación del juicio oral, “*asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*”.

5.4.2. Presupuestos.

Para la adopción de las medidas cautelares deben darse dos requisitos (si falta alguno de ellos, no se podrá acordar).

En primer lugar, se exige el *fumus delicti commissi*¹¹¹ o apariencia del buen derecho, presupuesto que NEIRA PENA define de la siguiente forma:

*“Existencia de indicios de la comisión de hechos que revisten caracteres de algún delito de entidad suficiente para adoptar la medida en cuestión, siempre que sea posible atribuir razonablemente tales hechos al investigado o encausado frente al que se pretende acordar la medida cautelar”*¹¹².

En el mismo sentido que dicha autora se pronuncia NIEVA FENOLL, para quien tal presupuesto “*consiste en la posibilidad de que la sentencia vaya a ser condenatoria*”¹¹³.

Por tanto, el *fumus delicti commissi* requiere que existan indicios racionales de criminalidad de que un sujeto en cuestión, que es frente a quien se solicitará la medida cautelar, haya cometido las actuaciones que, presuntamente, son constitutivas de un ilícito penal. Huelga decir que, en esta fase del procedimiento, no existe una certeza absoluta en relación con la culpabilidad del investigado, ya que la convicción únicamente se obtiene una vez dictada la sentencia, tras la práctica de la prueba en el acto del juicio oral; no obstante, los hechos deben fundamentar, indiciariamente, que el encausado ha cometido el delito, justificando de esa forma la adopción de la medida cautelar de que se trate. A pesar de lo dicho, la adopción de una medida cautelar, por muy justificada que esté, es un ataque a la presunción de inocencia, en el bien entendido de que, como dice NIEVA FENOLL, “*son medidas que se adoptan a pesar de que el reo no ha sido juzgado aún*”¹¹⁴.

En segundo lugar, debe concurrir el *periculum in libertatis*¹¹⁵ o peligro de mora procesal, que, traducido al ámbito penal, se traduce en que existe el riesgo de que el investigado cometa un acto que ponga en peligro su presencia en el acto del juicio oral. No es solamente un riesgo objetivo, por el paso del tiempo, sino también subjetivo, esto es, por la actitud del imputado. El riesgo objetivo, pues, consiste en “*el riesgo derivado de una resolución tardía que pudiera provocar la*

¹¹⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 332. ISBN 9788413555485.

¹¹¹ “*Fumus bonis iuris*” en el proceso civil.

¹¹² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pág. 334. ISBN 9788413555485.

¹¹³ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 259. ISBN 9788413360423.

¹¹⁴ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 257. ISBN 9788413360423.

¹¹⁵ “*Periculum in mora*” en el proceso civil.

*ineficacia de la resolución definitiva*¹¹⁶, mientras que el subjetivo se materializa en cuatro aspectos: la fuga del investigado; el riesgo de desaparición, alteración u ocultación de los bienes y/o de medios de prueba; el riesgo de reiteración delictiva; o bien el riesgo de agresión contra bienes jurídicos protegidos de la víctima.

Finalmente, NIEVA FENOLL distingue un tercer presupuesto y ese es el de la pendencia del proceso, razón por la que muchos autores ni siquiera la mencionan puesto que, según este autor, “*es una obviedad*”¹¹⁷.

5.4.3. Tipologías.

Entre las personales podemos distinguir, a modo de enumeración y sin ánimo de exhaustividad, las siguientes: la citación cautelar (arts. 486 a 488 LECRIM); la detención¹¹⁸ (arts. 489 a 501 LECRIM); la prisión provisional (arts. 502 a 519 LECRIM); y la libertad provisional (arts. 528 a 544 LECRIM). Además, dentro de la libertad provisional se encuentran distintas variedades: así, siguiendo el orden establecido por NIEVA FENOLL, tenemos la prohibición de tenencia de armas; la prestación de una fianza económica “*que se perderá en caso de incomparecencia*”¹¹⁹ (arts. 529, 530 a 544 LECRIM); la retirada provisional del permiso de conducir (art. 529 *bis* LECRIM); la obligación de informar sobre los desplazamientos que se realicen; la obligación de visitar determinados lugares; la suspensión del ejercicio de cargos públicos (arts. 384 *bis* y 384 LECRIM); la clausura, la suspensión de actividades y el cierre de empresas de forma temporal (arts. 33.7 y 129 CP, conforme al art. 544 *quater* LECRIM); el secuestro de publicaciones o la prohibición de difusión (art. 816 a 823 *bis* LECRIM).

Entre las reales, por su parte, tenemos la aprehensión de cosas y bienes (arts. 334 y 574 LECRIM), a los efectos de su posterior depósito (arts. 141 y 330 LECRIM); las fianzas (entre las que se incluyen la personal, pignoraticia y la hipotecaria) y los embargos (arts. 589 a 621 LECRIM).

Por último, están las medidas de protección, que no son propiamente cautelares, sino que, más bien, lo que pretenden es proteger a la víctima. Entre ellas encontramos la prohibición de residencia y/o circulación por determinados lugares, así como la prohibición de comunicación con determinadas personas (arts. 544 *bis* y 544 *ter* LECRIM, en relación con el art. 48 CP) y la orden de protección (art. 44 *ter* LECRIM).

De todas las medidas cautelares mencionadas, la más gravosa es, sin duda, la prisión provisional, ya que comporta la privación de libertad del presunto responsable de forma injusta, pues, al no haber recaído sentencia condenatoria, se está vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. La consecuencia inevitable de ello es que, como señala ALONSO FERNÁNDEZ¹²⁰, dicha medida

¹¹⁶ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 303. ISBN 9788413362632.

¹¹⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 259. ISBN 9788413360423.

¹¹⁸ Según BARONA VILAR, la detención es considerada más bien una medida precauteladora personal (BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Proceso penal: Derecho Procesal III*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pág. 321. ISBN 9788413786339).

¹¹⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 265. ISBN 9788413360423.

¹²⁰ Al respecto, ALONSO FERNÁNDEZ llega a la conclusión de que la prisión provisional es una medida cuyos inconvenientes “*son ciertos e indiscutibles*”. A modo de ejemplo, señala como inconveniente que “*el preso preventivo no podrá disfrutar de beneficios penitenciarios, como pudieran ser permisos de salida, al no estar en situación de*

cautelar comporta más problemas que beneficios, lo que hace necesario que se opte siempre, de forma preferente, por medidas menos restrictivas.

5.4.4. Aplicación al caso.

Centrándonos en el supuesto objeto de autos, procuraría, por todos los medios, que no se adoptase ninguna medida cautelar contra mi defendido o, subsidiariamente, que no se acordase la prisión provisional, pudiendo ser adoptada otra menos gravosa y restrictiva de derechos fundamentales, pero igualmente eficaz, en su lugar. Para defender tal postura, alegraría que, con base en la presunción de inocencia, cuando se inicia la instrucción de un proceso no cabe la valoración de si una persona es culpable o inocente, toda vez que no se le ha juzgado, con lo cual Darío no debe ni puede ingresar en un centro penitenciario.

Dicho esto, se debe contemplar la posibilidad de que se decrete, pues en un proceso penal no cabe afirmar con rotundidad lo que sucederá y lo que no, ya que ello crearía falsas creencias y/o expectativas en el cliente. Por ello, en caso de que fuere adoptada, argumentaría que deberán concurrir los presupuestos examinados, esto es, que exista un riesgo real y objetivo de que, si Darío no fuere privado de su libertad, podría fugarse o destruir y/o alterar pruebas, debiendo adoptarse, pues, “*cuando objetivamente sea necesaria*” (art. 502.2 LECRIM). Para ello se probará que no existe tal riesgo con fundamento en la vida laboral (que trabaja, que tiene cierta estabilidad), en el arraigo familiar (que difícilmente huiría de España), que no posee antecedentes penales..., entre otros. A mayor abundamiento, se debe tener en consideración que, según el art. 503 LECRIM, la prisión provisional debe ser acordada cuando el delito en concreto esté sancionado con una pena igual o superior a dos años de prisión o, si se trata de una pena inferior, que el investigado no tenga antecedentes penales no cancelados o no susceptibles de cancelación, requisito que no se cumple por cuanto el delito de prevaricación urbanística es un delito cuya pena privativa de libertad no excede de dos años y, en principio, parece que Darío no tiene antecedentes penales, habida cuenta de que el enunciado no proporciona dicha información. Se deberá comprobar tal aspecto.

En consecuencia, entiendo que, en este supuesto en concreto, la prisión provisional es una medida cautelar que no procedería por cuanto no guarda el principio de proporcionalidad, sino que en su lugar se podrían adoptar otras menos gravosas. Al respecto, se argumentará que para asegurar la presencia de Darío en el eventual acto de juicio oral que se celebre existen otras medidas menos perjudiciales que cumplen igualmente su finalidad, como, por ejemplo, la retirada del pasaporte mientras dure la investigación, en orden a evitar que Darío se fugue del país; las comparecencias *apud acta*, para que, durante un determinado lapso de tiempo, comparezca ante el Juez de Instrucción y firme conforme está a disposición de la autoridad judicial y que no ha huido; la fianza, que puede constituir una garantía de que ha depositado una determinada cantidad de dinero, con lo cual no huirá ya que, de lo contrario, perdería dicha cantidad; entre otras. Es más, me centraría en señalar que siempre existe la posibilidad de agravar la medida cautelar y, en su lugar, imponer otra más dañina, por lo que primero se debería optar por no acordar ninguna o, en su defecto, acordar alguna de las que se acaban de indicar.

penado y en consecuencia todavía no clasificado en un determinado grado penitenciario”. Otra desventaja es que quien se encuentra en prisión provisional no puede realizar las tareas de resocialización previstas por profesionales penitenciarios, “*ya que va[n] destinada[s] a penados*” (ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio. *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España (Tesis Doctoral Inédita)*. Barcelona: Universidad Internacional de Cataluña, 2017, pág. 244).

Por tanto, se intentará, como estrategia defensiva, lograr que no se decrete ninguna medida cautelar, pero es evidente que debe preverse la posibilidad de que ello ocurra y, por ende, tal y como he señalado, debe abrirse la puerta a una petición subsidiaria, tendiendo a la menos gravosa posible.

5.5. Personación en el proceso de otros sujetos.

El caso plantea como última cuestión procesal dilucidar si pueden personarse en la causa el Ayuntamiento de Alcaucín y la Asociación Alauense de Protección de la Flora y Fauna. Dicha pregunta tiene su razón de ser tomando en consideración el hecho de que el Ministerio Fiscal “*no ostenta el monopolio de la acción penal*”¹²¹, sino que, junto a él, es posible que intervengan otras partes acusadoras, bien como acusación particular, bien como acusación popular, según sostiene NEIRA PENA¹²². De acuerdo con la LECRIM vigente, tanto el Ayuntamiento de Alcaucín como la Asociación Alauense de Protección de la Flora y Fauna pueden personarse en el procedimiento, en este caso como acusadores populares¹²³, pues el art. 270 dispone que “*todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley*”. Por remisión de dicho precepto acudimos al art. 101 LECRIM, en el cual podemos observar que la acción penal es pública y que únicamente no la pueden ejercitar: (i) quienes no gocen plenamente de sus derechos civiles; (ii) quienes hubieren sido condenados dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas; o (iii) el propio Juez o Magistrado (art. 102 LECRIM).

En cambio, la respuesta ahora ofrecida variaría sustancialmente si aplicásemos el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de noviembre de 2020. Ciertamente, el mencionado Anteproyecto establece un límite subjetivo, en el bien entendido de que el Ayuntamiento de Alcaucín no podría intervenir en el procedimiento habida cuenta de que, al tratarse de una entidad local, le está vetado el ejercicio de la acción popular (art. 121.2.b) del Anteproyecto). Sí podría intervenir igualmente la Asociación Alauense de Protección de la Flora y Fauna, siempre que, conforme al art. 121.2.e) del Anteproyecto, no forme parte del sector público institucional. A pesar de ello, no podrá ejercitar la acción civil derivada del delito ya que, conforme al art. 122.3, la acción popular “*queda limitada al ejercicio de la acusación penal*”.

¹²¹ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pág. 118. ISBN 9788413362632.

¹²² Nuestra autora alega que “*el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio de la acción penal, dado que junto a él pueden actuar el ofendido o perjudicado por el delito, personándose en calidad de acusación particular, y también cualquier ciudadano español, en ejercicio de la acción popular. Esto implica que en un mismo proceso podrían existir múltiples acusaciones, las cuales podrán actuar autónomamente en cuanto a la configuración de sus pretensiones*” (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, págs. 103 y 104). ISBN 9788413555485).

¹²³ Desarrollando el presente Trabajo Fin de Máster me he cuestionado si el Ayuntamiento de Alcaucín podría personarse como acusación particular o popular en tanto que Gemma es funcionaria pública del mismo y, por ende, podría ser considerado ofendido o perjudicado por el delito. Esta duda ha sido resuelta por la SAP de Logroño 57/2019, de 14 de febrero de 2019, que dispone que “*para poder personarse como acusación particular, quien la ejercita debe ser ofendido por el delito (artículos 270, 109, 109 bis y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tanto el delito de ordenación del territorio como el de prevaricación no tienen un perjudicado concreto. En ambos casos se protegen intereses difusos que no pueden ser encarnados por ninguna persona en particular. Por lo tanto, no es posible una personación en la causa para el ejercicio de la acusación particular. (...) La única forma de personarse es mediante el ejercicio de la acción popular*” (F. J. 1.).

6. CONCLUSIONES.

Tras las anteriores consideraciones, procede concluir lo siguiente:

- I. Estamos ante un delito de prevaricación urbanística, ya que los hechos objeto de autos son subsumibles en el apartado 2º del art. 320 del CP en su versión original de 1995, por ser dicha norma más favorable para los intereses de mi defendido. La acción típica consiste en la concesión por parte de Gemma a Darío de un conjunto de licencias que se reputan irregulares, habida cuenta de que la primera las concede al segundo en el ejercicio de su cargo como alcaldesa del Ayuntamiento de Alcaucín el mismo día o al día siguiente de su solicitud y sin haber recabado en ningún momento los informes técnicos y jurídicos exigidos en supuestos de esta índole, contraviniendo de esta forma los presupuestos materiales y procedimentales establecidos por la normativa urbanística.
- II. En principio Darío no debería ser imputado, pues estamos ante un delito de tipo especial, en el bien entendido de que solo puede ser cometido por una persona que ostente la condición de autoridad o funcionario público. Con todo, es altamente probable que sea investigado en concepto de inductor, pues la jurisprudencia tiene establecido que el particular o persona no autoridad o funcionario público, conocido en el ámbito procesal como “*extraneus*”, también puede cometer dicho hecho punible. En consecuencia, no se puede descartar que se formule acusación contra él por, presuntamente, inducir a Gemma a cometer dicha infracción penal.
- III. Sí se puede, en cambio, descartar la existencia de un delito de cohecho activo, ya que no queda acreditado en absoluto que Darío haya ofrecido dádiva, retribución o regalo alguno a Gemma como contraprestación del otorgamiento de las licencias, así como de un delito de tráfico de influencias, toda vez que tampoco resulta probado que exista una relación, ni personal ni de ningún tipo, entre ambos. Si se investigase a Darío por los delitos indicados sería en base a meras conjeturas, no de forma fundada y motivada.
- IV. Si bien no existe relación concursal, pues únicamente tiene lugar un solo delito, resulta que el mismo puede ser calificado como continuado por cuanto la primera de las licencias se concede el 18 de febrero de 1999 y la última el 8 de abril de 2003, concediéndose hasta cuatro más durante dicho lapso.
- V. En consonancia con lo anterior, el plazo para la prescripción del delito de prevaricación urbanística empezó a computar a partir de la última licencia concedida, esto es, el 8 de abril de 2003, pues fue la última infracción cometida. En este sentido, tal ilícito penal se castiga en la versión del CP de 1995 con una pena de prisión no superior a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años. La norma penal indica que en caso de penas compuestas debe estarse a la que exija mayor tiempo para su prescripción, razón por la que el delito objeto de autos prescribe a los diez años. Por ello no cabe, aparentemente, alegar la prescripción como estrategia, pues el procedimiento se inicia en marzo de 2013, es decir, un mes antes de que prescriba el delito. No obstante, se dice “aparentemente” porque tampoco se puede rechazar de plano su alegación, sino que deberán examinarse los autos de forma adecuada, en orden a comprobar si efectivamente existe una resolución judicial en la que se atribuya a Darío la

responsabilidad criminal, habida cuenta de que solo de esta forma se entiende interrumpida la prescripción.

- VI.** Respecto a la responsabilidad civil *ex delicto*, la misma consistirá, en primer lugar, en la demolición de las edificaciones ilegalmente construidas, amén de la indemnización que corresponda en su caso abonar a Carla en tanto que tercero de buena fe y que se cuantificarán atendiendo al valor de las construcciones. Si Darío es condenado junto con Gemma, ambos responderán civilmente con carácter solidario en la cuota que determine el órgano judicial. El Ayuntamiento de Alcaucín será responsable civil subsidiario.
- VII.** En relación con el aspecto procesal, la competencia recaerá en los Juzgados de Instrucción de Vélez-Málaga, durante las etapas instructora e intermedia, y en los Juzgados de lo Penal de Málaga, durante la fase de enjuiciamiento, siendo competentes estos últimos para la ejecución, si procede, de la sentencia que se dicte. El procedimiento a seguir será el abreviado.
- VIII.** Las diligencias de investigación son actos instructores dirigidos al esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos. De ellas dependerá que, a resultas de la investigación, se sobresea el proceso o que existan suficientes indicios racionales de criminalidad que motiven la apertura de juicio oral, si bien deberán ser acordadas atendiendo a los principios rectores de legalidad, especialidad, idoneidad, menor onerosidad, necesidad y proporcionalidad. Por esta parte se solicitaría el interrogatorio de Gemma a fin de que proporcione todo cuanto conozca en lo que respecta a Darío, así como también la testifical del Ayuntamiento de Alcaucín. Igualmente se debe tener claro que pueden ser acordados otros actos de investigación, de oficio o a instancia de parte, que sean más restrictivos como, por ejemplo, la intervención de las comunicaciones.
- IX.** En lo que a medidas cautelares se refiere, las mismas, que se clasifican según sean personales o reales, podrán ser acordadas siempre que concurran los presupuestos procesales establecidos: así, deberá existir la sospecha fundada de que la persona contra la que se va a adoptar la medida es la responsable de los hechos presuntamente constitutivos que están siendo investigados (*fumus delicti commissi*), por un lado, y que exista el riesgo, objetivo o subjetivo, de que el encausado no se halle presente el día del juicio oral, afectando de esa forma la eficacia de la resolución que proceda dictar (*periculum in libertatis*). Se debe atender siempre a la adopción de la menos gravosa y perjudicial posible, pero debe tenerse claro que cabe que se acuerde la prisión provisional.

7. EMISIÓN DEL DICTAMEN.

Tras el análisis de las cuestiones formuladas por Darío con motivo de su visita a mi despacho, y previo el estudio del caso objeto de autos y de la documentación obrante, procedo a la emisión del siguiente dictamen.

Mi cliente acude en una situación delicada, máxime teniendo en consideración que él es el sujeto pasivo de un delito de prevaricación urbanística por el que se incoa un procedimiento penal en marzo de 2013. Debido a ello, existe un alto porcentaje de posibilidades de que se formule acusación contra el mismo, pues, aunque dicho tipo penal posee una naturaleza especial en el sentido de que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público, jurisprudencialmente se viene admitiendo también la condena del particular en concepto de inductor. Por este motivo, y llegado el caso de que se le dirija acusación contra mi defendido, le recomendaría que se centrara en acreditar que él y Gemma no se conocían ni con anterioridad ni en el momento en que sucedieron los hechos, pues las partes acusadoras tratarán de probar por todos los medios que Darío es criminalmente responsable de dicho delito como inductor.

En segundo lugar, se le debe explicar que en su caso se aplicará el CP en su redacción original (1995), toda vez que los hechos que me ha proporcionado han sucedido antes de la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, razón por la que procede la aplicación de la ley penal que se encontraba vigente en el momento de la comisión del delito, permitiéndose la irretroactividad de las leyes penales que sean más favorables. En consecuencia, se le informará de que el delito del art. 320.2 CP es el único por el que podría ser investigado, sin que quepa que lo sea por los delitos de cohecho activo y/o de tráfico de influencias, también en la versión original del CP (1995), habida cuenta de que no concurren los elementos esenciales examinados. Si así fuere, ello no sería ajustado a derecho, ya que de las actuaciones no se desprende que Darío haya entregado a Gemma regalo alguno ni que haya ejercido prevalimiento sobre ella para que ésta le conceda las licencias. Lógicamente, no consta en las cuentas bancarias de ambos ningún movimiento ni transferencia y tampoco existen personas que puedan declarar como testigos acerca de la relación existente entre ambos, por lo que debe mantenerse, en todo momento, la estrategia defensiva de que no se conocían ni antes, ni durante, ni después del otorgamiento de las licencias ilegales. Así pues, a Darío se le informará de que cabe que se formule acusación contra él por dichos delitos indicados, si bien no tendría largo recorrido por cuanto los hechos no son subsumibles en ellos.

No obstante, debe ser consciente de todas las posibles vías existentes. En este sentido, si es encausado, pero finalmente resulta absuelto, no habrá ningún problema; en cambio, si se constata su participación en los hechos punibles, será condenado junto con Gemma. En ese supuesto, por tanto, debo comunicarle que la prevaricación urbanística es un ilícito penal que, en el momento en que tuvieron lugar las infracciones, estaba castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, así como a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años. Por esta razón, no será posible alegar la prescripción del delito en vista de que, al tener un plazo de diez años, y partiendo de que el cómputo se inicia a partir de la última infracción cometida, esto es, a partir de la aprobación de la última licencia (abril de 2003), el mismo prescribía en abril de 2013. Sin embargo, no se puede rechazar frontalmente dicho argumento ya que se exige que exista una imputación formal contra Darío para que se entienda que el plazo de prescripción ha quedado interrumpido. En consecuencia,

deben solicitarse los autos judiciales a los efectos de comprobar si existe una resolución judicial en la que se le atribuya responsabilidad criminal.

Dicho esto, y atendiendo a la pena prevista, es posible que, a pesar de que pueda resultar condenado, no ingrese en un centro penitenciario. En efecto, si la pena privativa de libertad efectivamente impuesta no excede de dos años y el reo no tiene antecedentes penales, dicha pena le puede ser suspendida, amén del cumplimiento de otros requisitos, consistentes, básicamente, en que se trate del primer delito, que la pena impuesta no sea superior a dos años y que haya abonado la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 80 CP). Consecuentemente, la estrategia será negar que mi defendido haya participado en los hechos, negando su responsabilidad criminal y, por ende, solicitando la libre absolución, pero de forma subsidiaria se solicitará la condena a la pena más inferior posible.

En lo que al aspecto procesal atañe, se le debe informar de que, teniendo en consideración la penalidad prevista, la investigación se seguirá por los cauces del procedimiento abreviado, recayendo la competencia en los Juzgados de Instrucción de Vélez-Málaga durante las etapas instructora e intermedia y a los Juzgados de lo Penal de Málaga en la fase decisoria o de enjuiciamiento. Además, durante el curso de la investigación puede suceder que se acuerden determinadas diligencias de investigación, algunas incluso lesivas de derechos fundamentales, para averiguar, por ejemplo, si Gemma y Darío mantienen conversaciones, a los efectos de acreditar la posible relación existente entre ambos. El consejo en este caso será que no hable con ningún sujeto en todo lo que se refiera a la causa penal.

A mayor abundamiento, no sólo pueden acordarse determinados actos instructores, sino también pueden una serie de medidas cautelares. Atendiendo a la pena en abstracto prevista por la norma penal para la prevaricación urbanística, entiendo que la prisión provisional es una medida demasiado gravosa para mi cliente, pero se le debe igualmente informar de que siempre cabe dicha posibilidad. Por consiguiente, es recomendable que preste fianza, siendo lo más aconsejable, a efectos de procedibilidad, hablar con él en primer lugar sobre su capacidad económica, esto es, de cuánto dinero estaría dispuesto a depositar. Si ello no resultare viable, podría proponerse bien la retirada del pasaporte, garantizando de esa forma que no marchará de España, bien la comparecencia *apud acta* ante el Juez Instructor, estableciendo un período semanal, quincenal o el período que el órgano judicial considere adecuado a los fines de la investigación.

Por todo cuanto antecede, la estrategia defensiva es, en primer lugar, negar en todo momento que Darío hubiere participado en la comisión del delito del art. 320.2 CP como inductor del mismo, alegando que no mantenía ni mantiene relación de ninguna clase con Gemma y, por tanto, difícilmente la pudo inducir a la aprobación de las licencias. Ahora bien, a pesar de ello, subsidiariamente se debe abrir la puerta a su potencial existencia, básicamente para que, si finalmente mi defendido es condenado, lo sea a la pena más baja posible. Es un poco contradictorio, porque es como decir “no es delito, pero sí es”, pero en el ámbito penal es un mecanismo recurrente por cuanto debemos prever todos los posibles escenarios. Así las cosas, se negará la responsabilidad de Darío pero, subsidiariamente, se solicitará la pena más baja, a los efectos de proceder posteriormente a la suspensión de la misma *ex art. 80 CP*.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO FERNÁNDEZ, José Antonio. *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España (Tesis Doctoral Inédita)*. Barcelona: Universidad Internacional de Cataluña, 2017.

ARMENTA DEU, María Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 13ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2021. ISBN 9788413812519.

ASENCIO MELLADO, José María. *Derecho procesal penal*. 7ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. ISBN 9788491190455.

AA.VV. *Cuestiones penales. A propósito de la reforma penal de 2015*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2017. ISBN 9788491480297.

BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Proceso penal: Derecho Procesal III*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. ISBN 9788413786339.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Carlos; MIR PUIG, Santiago; VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián. *Comentarios al Código Penal: reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. ISBN 9788491191445.

CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal*. 9ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN 9788413362632.

FERNÁNDEZ-GALLARDO, Javier Ángel. La asistencia letrada en las diligencias de investigación. En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. España: 2016, vol. 69, págs. 321-373. ISSN 02103001.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal: parte general*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN 9788413139401.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1997. ISBN 848002495X.

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2003. ISBN 8497720776.

GÓRRIZ ROYO, Elena. Prevaricaciones urbanísticas del art. 320 CP: Problemas legislativos no resueltos y dificultades aplicativas en la práctica. En: *Estudios penales y criminológicos*. España: 2018, vol. 38, núm. extra 38, págs. 101-190. ISSN 11377550.

LUCENA, Abdeslam Jesús. *Reformas del delito de cohecho tras las modificaciones penales de 2015. El regalo, adecuación social y los límites de la Ley de Transparencia*. 1ª ed. Madrid: Editorial Dykinson, 2018. ISBN 9788491485544.

MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Prevaricación urbanística y su sanción*. 1ª ed. España: Ediciones Experiencia, 2018. ISBN 9788494794025.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte general*. 8ª ed. Barcelona: Reppertor, 2008. ISBN 364362002.

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*. 27ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. ISBN 978841313925.

MONTORO SÁNCHEZ, Juan Alejandro (Coord.). *Manual de Derecho Procesal Penal para Guardias Civiles*. Madrid: Dykinson, 2021. ISBN: 9788413772066.

MUÑOZ LORENTE, José. Delito de tráfico de influencias. En: *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. España: 2014, núm. 7, págs. 248-255. ISSN 22536655.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal III: Proceso penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. ISBN 9788413360423.

OLAIZOLA NOGALES, Inés. *El delito de cohecho. Especial consideración al delito de cohecho pasivo*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. ISBN 9788480027700.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús (Coord.). *Derecho Procesal Penal*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. ISBN 9788413555485.

SERRANO ROMO, Álvaro Alejandro. *Delito de cohecho. Análisis teórico y jurisprudencial de derecho comparado (Tesis Doctoral Inédita)*. España: Universidad de Sevilla, 2017.