

OFICINA COMUN DE TRAMITACION PENAL ZIGOR-ARLOKO IZAPIDEEN BULEGO OROKORRA

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA
Sección 2ª
2. Sekzioa
BARROETA ALDAMAR, 10-3ª planta
Teléfono / Telefonoa: 94 401.66.68
Fax/Faxa: 94 401.69.92

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apel.autos / E_Rollo apel.autos 469/2013- - 2ª

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Diligencias previas / Aurretzako eginbideak 549/2012
Jdo.Instrucción nº 3 (Bilbao)

Apelante/Apelatzailea: JOSE MARIA ZARATE BUSTINZA
Abogado/Abokatua: JOSE ANGEL ESNAOLA HERNANDEZ
Procurador/Procuradorea: ISABEL SOFIA MARDONES CUBILLO

Apelado/Apelatua: ELENA MARIA IGLESIAS MENDEZ y IGOTZ LOPEZ LOPEZ
Abogado/Abokatua: ADOLFO JAVIER SAIZ COCA y ADOLFO JAVIER SAIZ COCA
Procurador/Procuradorea: ALBERTO ARENAZA ARTABE y ALBERTO ARENAZA ARTABE

ISABEL S. MARDONES CUBILLO
PROCURADORA
San Vicente, 8 - 3ª Dpto. 2 - Edif. Albia I
48001 BILBAO
Tel.: 94 423 54 69 · Fax: 94 424 11 46

ILTRE. COLEGIO DE PROCURADORES
DE LOS TRIBUNALES DE VIZCAYA
20 NOV 2013
BIZKAIKO AUZITEGIETAKO
PROKURADOREEN ELKARGO OSPETSUA

AUTO nº 90620/2013

ILMOS. SRES.:

PRESIDENTE: D. JUAN MATEO AYALA GARCÍA

MAGISTRADO: D. MANUEL AYO FERNÁNDEZ

MAGISTRADA: DÑA MARÍA JESÚS REAL DE ASÚA LLONA

En BILBAO (BIZKAIA), a 4 de noviembre de 2.013.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa referenciada se dictó por el Juzgado Instructor el 30 de abril de 2013 auto en cuya parte dispositiva se dice: "Se acuerda el sobreseimiento PROVISIONAL de las presentes diligencias previas.

Procédase al archivo PROVISIONAL de las actuaciones".

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por JOSE MARIA ZARATE

BUSTINZA recurso de apelación, el cual fue admitido, remitiéndose en su virtud a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

Expresa el parecer de la Sala como Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARÍA JESÚS REAL DE ASÚA LLONA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Interpone la representación procesal de José María Zárate Bustinza, recurso directo de apelación contra el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción, en el que se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, alegando que de la instrucción ha quedado indiciariamente acreditada la deliberada voluntad de los imputados en no conceder una licencia urbanística, aplicable a los hechos declarados probados por la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, mandato que no se ha atendido, entendiéndose por lo que se argumenta en el recurso que los hechos denunciados podrían ser indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa, por lo que interesa se revoque el Auto impugnado y se prosiga el procedimiento.

El Ministerio Fiscal y la representación procesal de Elena María Iglesias Méndez e Igoitz López Torre, por su parte, impugnan el recurso formulado interesando la confirmación íntegra del Auto impugnado por ser plenamente ajustado a derecho, por las razones que exponen en sus respectivos escritos de oposición.

SEGUNDO.- Así planteados los términos de la cuestión sometida a nueva consideración en esta segunda instancia, el recurso es desestimable por las razones que se pasan a exponer.

Establece el art. 779.1.1^a de la L.E.Crim. "1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1^a) Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo."

En relación con el cual, el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en sentencia de fecha 23 de Noviembre 2.005, indica "tras la reforma de la Ley 38/2002 de 24.10, que entró en vigor el 28.4.2003, la redacción del art. 779.1.1ª es más precisa que la contenida en el precedente art. 789 derogado. Así, entre otros extremos, el apartado primero del núm. 1º ("si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda... Si aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiera autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo"), establece claramente la aplicación del sobreseimiento libre cuando el hecho no es constitutivo de infracción penal y del sobreseimiento provisional en los casos en que no aparezca suficientemente justificado su perpetración. Cuando no es conocido el autor de un hecho constitutivo de delito debe acordarse el archivo provisional. Con ello, se resuelve la anterior confusión sobre la posible equivalencia entre el sobreseimiento libre y el archivo, ya que ahora éste es una consecuencia del precedente sobreseimiento y no tiene autonomía propia."

Así como teniendo en cuenta, igualmente, reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declara que el querellante (pudiéndose trasladar al denunciante que, como ofendido, promueve la actividad jurisdiccional a través de su denuncia) no tiene derecho más que a una respuesta judicial razonada, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela o denuncia presentada (SSTC 11/1985, 148/1987, 33/1989, 191/1992, 37/1993, 217/1994 y 111/1995), sin que exista a favor de la parte ius procedatur alguno en aquellos casos en que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela o denuncia, carecen de ilicitud penal, en cuyo supuesto el derecho a la jurisdicción que ejerce el querellante no conlleva el de la apertura de una instrucción.

Ello supone, como inmediata consecuencia, que el Juez instructor, cuando aprecie de forma evidente que los hechos denunciados carezcan de relevancia penal, debe realizar, con la mayor premura, las actuaciones necesarias para el inmediato archivo de la causa (TC, 1ª, S 138/97 de 22 de julio).

El art. 779-1 LECrim., vigente, tras la Ley 38/2.002 de 24 de octubre, ha reforzado incluso la labor de criba del Juez Instructor, al disponer que "Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo".

Ha introducido, pues, una importante modificación respecto a la legislación anterior, al permitir el sobreseimiento en fase de Diligencias Previas por tres motivos: No ser el hecho constitutivo de infracción penal (sobreseimiento libre); no haber autor conocido (sobreseimiento provisional); y por falta de justificación del delito denunciado (sobreseimiento provisional). Ello permite al Juez Instructor, bien al presentarse la denuncia o querrela o bien con posterioridad, proceder a esa criba de las denuncias o querellas faltas de los suficientes indicios de certeza en cuando a su contenido que justifique la incoación de un procedimiento penal y la citación para declarar como imputados de las personas denunciadas, perjuicio éste que debe evitarse cuando contra los mismos no existan tales indicios racionales de criminalidad."

TERCERO.- Aplicadas las anteriores consideraciones doctrinales y jurisprudenciales al caso de autos, no está de más indicar que quien resultó condenada por un delito de prevaricación, en sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Bilbao, que fue confirmada por la Sección Sexta de esta Audiencia Provincial, fue Sorkunde Aiarza Begoña y que los imputados en las actuales diligencias, son Elena María Iglesias e Igotz López y que la figura de la subrogación penal no está contemplada en nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, no cabe hablar de la hipotética comisión por parte de los imputados de un delito de prevaricación continuada, como se señala.

Tampoco alcanzamos a comprender a qué se refiere la parte recurrente, cuando alude al incumplimiento por parte de los imputados del mandato judicial recibido, según interpreta, en las sentencias dictadas en esta sede penal, cuando es así que en esta jurisdicción se carece de competencia alguna para sustanciar y dirimir procedimientos administrativos como se pretende.

El objeto de esos procedimientos penales, lo fue una actuación de la anterior edil del Ayuntamiento de Zamudio, Sra. Aiarza Begoña, hechos puntuales y concretos que se relatan en el factum de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal y que fueron considerados como constitutivos de un delito de prevaricación por el que fue condenada.

Efectivamente y a raíz de una solicitud por parte del recurrente al Ayuntamiento de Zamudio interesando la concesión de una licencia de obras a ejecutar en su caserío y de entender éste que la misma había sido concedida por silencio administrativo, acometiendo las mismas, se produjeron una serie de actuaciones por parte de Sorkunde Aiarza en su condición de máxima responsable del citado Ayuntamiento, que culminaron en el dictado del Decreto de fecha 24 de mayo de 2.007, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad desde el punto de vista de la normativa urbanística y lo hizo arbitrariamente, amparándose en el Real Decreto nº 1346/1976, de 9 de abril, que no estaba vigente, concediendo un plazo al hoy recurrente para la suspensión y retirada de las obras realizadas, advirtiéndole de que de no hacerlo, lo haría el propio Ayuntamiento con carácter subsidiario. El plazo fue de cinco días, sin especificar la naturaleza de ese cómputo, cuando es así que la Ley del Suelo del País Vasco establece un mes para

subsanan posibles irregularidades de licencias solicitadas, con cómputo de plazos en días hábiles. A continuación la Sra. Aiarza convocó una Comisión de Urbanismo sin respetar siquiera el plazo de cinco días que se le había conferido al Sr. Zárate, ratificando el Decreto y acordando la demolición de la obra, como así ocurrió al día siguiente de dicha confirmación del Decreto. Todo ello lo hizo a pesar de que fue advertida a través de una funcionaria del Ayuntamiento, así como por el Jefe de Operaciones del Grupo Primero de la Comisaría de Erandio de la PAV, de que el Sr. Zárate Bustinza había interpuesto Recurso Contencioso Administrativo contra el referido Decreto, solicitando además como medida cautelar, la suspensión de su contenido.

Tales hechos determinaron la condena de la acusada por un delito de prevaricación del artículo 404 CP que sanciona el ejercicio arbitrario del poder proscrito asimismo en el artículo 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en fuente de una norma particular. Lógicamente la sentencia condenatoria anuló el Decreto citado.

Así las cosas, lo que en el procedimiento actual se está debatiendo, no guarda identidad ni con la persona imputada, ni con el Decreto al que hemos hecho referencia, luego difícilmente se puede hablar de continuidad delictiva en el delito de prevaricación, como ya se ha indicado más arriba, ni tampoco de delito de desobediencia, puesto que en ninguna de las dos sentencias a las que alude el recurrente, se acuerda conceder al mismo la licencia de obras interesada, como erróneamente parece interpretar.

CUARTO.- La única “conexión” que existe entre aquéllos hechos y los que motivan las presentes diligencias, es que el recurrente ha vuelto a solicitar al Ayuntamiento la Licencia de Obras Menores y que la misma ha sido nuevamente denegada, *conexidad*, que desde luego se encuentra fuera de los términos del artículo 17.5 CP, que establece que son delitos conexos los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

En consecuencia, sólo cabe analizar si la actuación de los aquí imputados, Elena María Iglesias e Igoitz López pudiese ser indiciariamente constitutiva de un nuevo delito de prevaricación, y lo cierto es que en relación a la imputada, Sra. Iglesias, que únicamente ejerció de alcaldesa en funciones, mientras el alcalde, Sr. López Torres se encontraba de vacaciones, y que ni siquiera firmó el Decreto de 30 de Noviembre de 2.011, ni participó en su elaboración, sino que su única actuación se circunscribió a la firma de la notificación de ese Decreto, resulta llano concluir que no se dan los requisitos establecidos por el artículo 404 CP, al no concurrir en ella los requisitos

exigidos para ser sujeto activo del citado delito, conclusión idéntica a la obtenida por la Juzgadora de la instancia.

En cuanto al Sr. López Torre de lo actuado se infiere que tal y como se argumenta en la resolución impugnada, que el Decreto incorporaba el Informe del Letrado Asesor y que el mismo fue elevado a la Comisión de Urbanismo, integrada por la totalidad de la Corporación, sin que se advierta en ese proceder arbitrariedad alguna en los términos exigidos en el tipo del citado artículo y que ha ido estableciendo la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. En cuanto al fondo o contenido de ese Decreto, y al hecho de que se insista por parte del Ayuntamiento en considerar que nos encontramos ante unas obras de cierre y construcción de una acera, cuando lo cierto es que ello no es así y ya lo señalaron las sentencias dictadas en el procedimiento penal anterior, de ello efectivamente puede pensarse en la existencia de una cierta renuencia o entorpecimiento injustificado en la concesión de la Licencia al recurrir a argumentos ya rechazados en las resoluciones reseñadas. Sin embargo, ello de momento no constituye por sí sólo un indicio de la suficiente entidad para proseguir con la instrucción de la causa y por tal razón la controversia deberá dirimirse en el ámbito competente, es decir, en el contencioso administrativo, como de hecho está sucediendo, al haberse interpuesto por el Sr. Zárate Bustinza el preceptivo recurso contencioso administrativo.

Ahora bien, también ha de recordarse que el sobreseimiento es provisional y no libre, lo que significa que si en el futuro se materializasen nuevos indicios racionales de criminalidad, la causa sería reabierta.

Considerando, en consecuencia, acertada la resolución del Juzgado de Instrucción al decretar el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, no procede sino la desestimación del recurso formulado, con declaración de oficio de las costas causadas en esta segunda instancia, arts 239 y ss. LECrim.

Por lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA DESESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de José María Zárate Bustinza, contra el Auto de fecha 30 de Abril de 2.013 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Bilbao, por el que se decretaba el sobreseimiento provisional y archivo de las Diligencias Previas nº 549/12, de las que el presente Rollo de Apelación nº 469/13 dimana y CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS el mismo. Todo ello con declaración de oficio de las costas procesales causadas en la presente apelación.

Así por este auto contra el que no cabe recurso alguno y del que se unirá testimonio al rollo de Sala y se remitirá otro al Juzgado Instructor, el que acusará recibo para constancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.