



SUSANA PEREZ PUERTO, LETRADA DE LA ADMÓN. DE JUSTICIA DE LA SECCION CUARTA de esta Audiencia Provincial de Girona CERTIFICO: Que en el rollo Apelación penal nº 350/2016 dimanante de PREVIAS nº 995/2014, seguidas en el JUZGADO INSTRUCCIÓN 1 SANT FELIU DE GUÍXOLS se ha dictado y publicado en igual fecha AUTO del tenor literal siguiente:

"

**AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN CUARTA (PENAL)
GIRONA**

APELACIÓN PENAL

ROLLO Nº 350/16

**DILIGENCIAS PREVIAS Nº 995/14
JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 1 DE SANT FELIU DE GUIXOLS**

AUTO Nº 251/2016

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE:

D. ADOLFO GARCÍA MORALES

MAGISTRADOS:

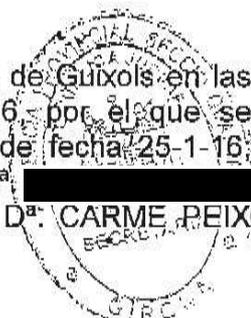
D. JAVIER MARCA MATUTE

D. JUAN MORA LUCAS

En Girona a 5 de mayo de 2.016.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sant Feliu de Guixols en las Diligencias Previas nº 995/14, se dictó auto en fecha 10-3-16 por el que se desestimaba el recurso de reforma interpuesto contra el auto de fecha 25-1-16 frente a dicha resolución se presentó recurso de apelación por D^a [REDACTED] representada por la procuradora D^a **CARME PEIX**





ESPIGOL y asistida por el letrado D. JOSÉ ANGEL MAÑOSO MELLADO, al que se opusieron tanto el MINISTERIO FISCAL como [REDACTED] representado por la procuradora D^a. CARMEN HELLER WOERNER y asistido por el letrado D. MANEL MIR TOMAS, remitiendo las actuaciones ante este Tribunal a los efectos de dictar la correspondiente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia sobre la base de la falta de motivación de la resolución recurrida sin haber realizado las actuaciones solicitadas por el recurrente relativas a la práctica de varias probaturas reclamadas en el recurso de reforma.

Lo cierto es que pese a la dicción literal de los motivos del recurso de apelación la parte recurrente cuestiona de fondo y de forma a las que entraremos en su totalidad y que creemos que pueden resumirse en las siguientes: falta de práctica de ciertas pruebas necesarias para agotar la instrucción, falta de motivación, y error en la valoración de las diligencias de las que se deduce la existencia de un delito de allanamiento de morada.

El recurso no merece prosperar.

La primera cuestión es la relativa a la falta de práctica de determinados mecanismos probatorios que la parte propuso tanto en el traslado que se le dio de las actuaciones antes del sobreseimiento como en el recurso de reforma contra el mismo.

Resumidamente esta Sala tiene dicho respecto de la práctica de pruebas en cualquiera de las fases del procedimiento:

(A) al elevar el art. 24 de la Constitución Española al rango de derecho fundamental el de utilizar en el proceso los medios de prueba pertinentes para la defensa se debe proveer a la satisfacción del derecho sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación;

(B) este derecho no puede ser torcidamente entendido como un derecho a la práctica de pruebas con carácter ilimitado, sino que se exige que la prueba propuesta sea insustituible, fundamental y de posible realización, correspondiendo al órgano judicial la decisión acerca de la pertinencia, de suerte que en caso de rechazarlas la decisión ha de ser fundada;

(C) el juicio de pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con el "thema decidendi" expresando la capacidad e idoneidad para formar la definitiva convicción del Juez o Tribunal, de manera tal que es impertinente una prueba cuando, por su contenido, se pone de relieve su inoperatividad porque aun en el caso de ser positiva a los intereses de la parte en nada variaría el relato de los hechos; y,





(D) pese a que toda prueba admitida debe naturalmente practicarse, nada obsta que, habiéndose considerado que determinadas diligencias eran pertinentes para investigar unos hechos, su impertinencia se aprecie con posterioridad a su admisión a la vista del contenido que arrojen otras diligencias, en cuyo caso puede inadmitirse su práctica fundándola en esas nuevas razones aparecidas en el proceso y que no eran conocidas en el momento en que se admitió la práctica de tales probaturas instructoras.

Las diligencias solicitadas por la parte recurrente consistían en la testifical de los propietarios de la vivienda colindante, la testifical de la concejal de urbanismo al tiempo de producirse los hechos, y la identificación de quienes hicieron ciertas comprobaciones métricas.

Pues bien, a la vista de la claridad de los hechos investigados, los cuales se han ido descifrando conceptualmente a medida que avanzaba la investigación, tales probaturas resultan ya innecesarias de todo punto, dado que se ha acreditado la exacta participación que cada uno de los imputados tuvo en los hechos sin necesidad de otras diligencias añadidas. Es por ello que la Instructora, de manera ciertamente genérica rechaza su práctica; se hubiera agradecido una mayor concreción de su innecesariedad, pero consideramos suficiente ese pronunciamiento a la vista de que la parte tampoco concreta en tal infracción especiales vicios anulatorios.

Primero, hechos relativos a la entrada en la terraza de la recurrente para sacar fotografías, cometidos por [REDACTED], quien fue enviado allí por sus jefes para comprobar la denuncia de una construcción ilegal y obtener fotografías de esa nueva construcción no autorizable, el cual adoptó la iniciativa de entrar en la terraza de la perjudicada a través de la terraza de los vecinos para obtener un mejor ángulo en las fotografías; se deriva tal conclusión del reconocimiento de dicha persona de haber realizado individualmente, y sin la participación de terceros, esa concreta acción.

Y segundo, hechos relativos a un supuesto acta de mediciones de la altura de la valla, imputados a [REDACTED] cuando lo cierto es que dicha acta es inexistente y no obra en las actuaciones otra cosa que la tasación de que dicha valla mide más de 1'80 metros, sin más comprobaciones métricas, altura máxima permitida por las normas de la población; tal hecho se deriva de la comprobación del expediente administrativo mediante su lectura, en el que, salvo error u omisión, no existe diligencia alguna de medición y si referencias constantes a la altura máxima permitida por las ordenanzas y que es superada por la marquesina de la denunciante.

Así las cosas creemos que el resto de la prueba es absolutamente innecesaria para fijar unos hechos claros en su configuración objetiva.

La segunda cuestión, como ya hemos apuntado, es la relativa a la falta de motivación de la segunda de las resoluciones, la que resuelve el recurso de reforma. Y desde luego la conclusión de la Sala es evidente: la utilización de argumentos distintos en una y otra resolución, derivados de las alegaciones que la parte hace en





su recurso y que obligan a darle contestación, no es razón de estimar que existe falta de motivación.

La parte hace largos argumentos utilizando modelos acerca de la necesaria motivación de las resoluciones judiciales que en modo alguno resuelven la cuestión que ella misma propone, como es la de los motivos de fondo de la resolución recurrida para archivar las actuaciones así como la innecesariedad de practicar las diligencias de prueba que la parte propone en el recurso.

Ya hemos dicho que las pruebas resultan innecesarias.

Y por lo que se refiere a la modificación de las conclusiones de la Instructora lo cierto es que no debe pareceros que el cambio de criterio, siempre sobre razones fundadas, haya de expresar una falta de motivación. Si la Juzgadora afirmó en una primera resolución que no se había entrado en la terraza y en la segunda reconoce que sí se había hecho esa maniobra obedece precisamente a los motivos esgrimidos por la parte recurrente en sus alegaciones. Precisamente para esos sirven los recursos, para que las resoluciones judiciales no sean inamovibles y otro órgano, o incluso el mismo que la ha dictado, puedan cambiar de opinión, bien para dar la razón al recurrente, bien para sostener la propia sobre otras distintas.

La tercera cuestión creemos que es la principal, como es la existencia o inexistencia de indicios delictivos contra [REDACTED]

Empezando por el segundo, el archivo de las actuaciones nos parece palmario. Esta persona no entró en la terraza sino que ordenó a uno de los trabajadores del ayuntamiento, el otro imputado, que fuera a comprobar la denuncia y a obtener fotografías de la presunta irregularidad constructiva, siendo éste, por su cuenta y riesgo, sin avisar a ninguno de sus superiores para que le aconsejara, reconviniera o reforzara en su opinión, quien se adentró en la terraza vecina. En el derecho penal, pese a que los jefes o empleadores pueden tener algún tipo de responsabilidad civil por los hechos que sean constitutivos de delito que ejecuten sus trabajadores, no ocurre así con la responsabilidad penal, que no se extiende, pues la culpa es un elemento personalísimo.

No podemos estar de acuerdo en el apunte que se hace en el recurso de que señalar la altura de la valla sin haberla medido puede ser constitutivo de un delito de prevaricación administrativa, dado que el señalamiento de la altura es sobre una determinada cifra, más de 1'80 metros, elevación que, a la vista de las fotografías, parece perfectamente razonable. En todo caso, si ello no es así, la capacidad de contestación y oposición de la parte contrariada es evidente ante una afirmación que nada tiene de grotesco o arbitrario.

En cuanto al primero de los imputados la cuestión es distinta bajo dos premisas, una, que efectivamente fue él quien sin la autorización de los propietarios entró en la terraza de la perjudicada, y segunda, que la terraza de una vivienda puede tener la condición de morada.





Así nos hemos pronunciado en el auto de 29-2-15 en el que tras reflexionar sobre el concepto de morada hemos dicho que *"la terraza, con independencia de su carácter de elemento común del inmueble en el que se inscribe la vivienda de la denunciante, tiene, por su condición de ser usada privativamente por ésta, el carácter de morada"*. Ahora bien, concluida la instrucción de las actuaciones, que en aquel momento se encontraba en una fase primigenia, sin manifestación alguna de los implicados, creemos que han de hacerse serias matizaciones a esa afirmación tan genérica de esta Sala.

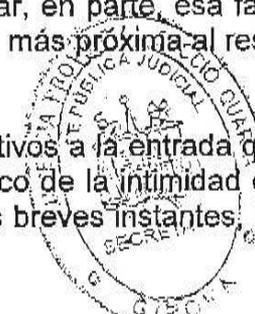
Señala la STS de 19-6-12 que *"la vinculación del concepto de domicilio a la protección de esferas de privacidad del individuo...conduce a ampliar el concepto jurídico débil o administrativo de la morada para construir el del domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad", pero "al mismo tiempo restringe el concepto de domicilio excluyendo aquellos lugares donde no se desarrollan actos propios de dicha privacidad, aunque el titular pueda estar legitimado para no permitir la estancia o permanencia de terceros"*. En la STC de 17-2-84, antigua, pero que traemos aquí por su exquisita redacción y su claridad conceptual, señala que *"el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima; por ello, a través de éste derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que hay en él de emancipación de la persona y de esfera privada de ella"*.

De todo ello se deduce que a las terrazas, jardines y otras estancias añejas o aledañas al domicilio que sean espacios de privacidad del morador se les extiende también la protección de que toda presencia indeseada estará castigada con el delito de allanamiento de morada.

Ahora bien, como hemos visto, esa afirmación genérica no esta exenta de comprobar las características de estos lugares que no constituyen espacio físico cerrado "estricto sensu" a fin de dilucidar el servicio que prestan a la intimidad en tanto que espacios en donde el individuo que los disfruta puede desenvolverse con total libertad, emancipado de convenciones sociales. Y creemos que, precisamente, la terraza de la perjudicada no constituye ese espacio.

Efectivamente, no se trata de una terraza asilada de su entorno, sino de una terraza que esta separada de la del vecino de al lado por un murete de escasa altura, traspasable sin ejercicio físico de intensidad, de aproximadamente un metro de altura o poco más en su tramo más alto e inferior en unos treinta centímetros en su parte más baja, en donde el uso es evidente que es privativo, pero donde no creemos que, al margen de las costumbre de cada cual, se pueda ejercer vida íntima con privacidad del entorno. Precisamente la colocación de la marquesina que se trata de ilegal por el expediente administrativo, trataba de paliar, en parte, esa falta de intimidad con los vecinos, al menos en la parte de la terraza más próxima al resto del domicilio cerrado.

Además de lo anterior debemos afirmar otros datos relativos a la entrada que la hacen todavía más insignificante para vulnerar el bien jurídico de la intimidad del domicilio, como son, uno, que la entrada es fugaz, y dura unos breves instantes, los





propios de sacar tres o cuatro fotografías, otro, que la entrada lo es a los efectos de un expediente administrativo, sin que exista un especial dolo de vulnerar un espacio de especial intimidad, otro, que la entrada se produce después de llamar al domicilio de la perjudicada, que no se hallaba en casa, encontrándose el resto de la morada, a donde indudablemente no se accedió, cerrada, y otro, que la entrada no exigió ningún tipo de esfuerzo físico, sino la superación de una mínima barrera de un metro de altura aproximado.

Así se han expresado, en situaciones similares, otras Audiencias Provinciales, en las que la entrada en la terraza tenía exclusivos fines administrativos sin intención de vulnerar la intimidad de los usuarios de la terraza, como son los autos de la AP Lleida de 30-4-12, de la AP Cantabria de 29-9-11 y de la AP Madrid de 10-9-10, y las resoluciones que en ella se citan.

Por todas las razones expuestas procede confirmar la resolución recurrida.

SEGUNDO.- No procede hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

VISTOS los preceptos y principios citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ADOLFO GARCÍA MORALES, **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación de procesal de [REDACTED] contra el auto dictado en fecha 10-3-16 por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Sant Feliu de Guixols en las Diligencias Previas nº 995/14, del que este rollo dimana, **CONFIRMANDO** la meritada resolución sin hacer especial imposición de las costas causadas en la presente alzada.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. anotados al margen.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumplió lo acordado; doy fe."

CONCUERDA bien y fielmente con su original, al que me remito, y para que conste libro y firmo la presente, en Girona, a cinco de mayo de dos mil dieciséis:

