

Roj: SAP CS 1157/2011
Id Cendoj: 12040370022011100370
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Castellón de la Plana/Castelló de la Plana
Sección: 2
Nº de Recurso: 587/2011
Nº de Resolución: 563/2011
Procedimiento: PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO
Ponente: PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL -SECCIÓN SEGUNDA- PENAL

Rollo de Apelación núm. 587/11

Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón.

Juicio Oral núm. 291/09

Procedimiento: Procedimiento abreviado 45/09 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Nules.

SENTENCIA NÚM. 563/11

Ilmos. Sres.

PRESIDENTE: D^a. ELOÍSA GÓMEZ SANTANA.

MAGISTRADO: D. JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO.

MAGISTRADO: D. PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA.

En la ciudad de Castellón de la Plana, a cinco de diciembre de dos mil once.

La SECCIÓN SEGUNDA de la Il^{ta}. Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Il^{mos}. Sres anotados al margen, ha visto y examinado el presente Rollo de Apelación Penal núm. 2 de Castellón, dimanante del recurso interpuesto contra la Sentencia de fecha 11 de abril de 2011, dictada por el Il^{mo}. Sr. Magistrado del Juzgado de lo Penal núm. 2 de esta capital, en su Juicio Oral núm. 291/09 . dimanante del Procedimiento Abreviado núm. 45/09 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Nules.

Han sido partes como APELANTE d^a Rosaura (procesalmente representado por la procuradora sra. Linares Beltrán, y asistido por el letrado d. Carlos Miguel Santamaría Monfort) y como APELADO el MINISTERIO FISCAL (representado en las actuaciones por el Il^{mo}. Sr. D. Sebastián Isael Pla Martorell).

Ha sido Ponente el Il^{mo}. Sr. Magistrado Don PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sentencia de 11 de abril de 2011 del Juzgado de lo Penal nº 2 de Castellón, dictada en autos de Juicio Oral nº 291/09 , se dispuso lo siguiente: "Que debo condenar y condeno a Rosaura como autor responsable de un contra la ordenación del territorio anteriormente descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de prisión durante seis meses y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y la multa de doce meses con una cuota diaria de ocho euros sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas conforme al artículo 53 del CP , y la inhabilitación especial para la actividad de promoción de viviendas durante un año, junto con las costas.

Además se le condena a proceder a la demolición, y a su costa, de todo lo indebidamente construido en la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 sita en la Partida " DIRECCION000 " de Nules".

En dicha sentencia se contiene la siguiente relación de hechos probados: "PRIMERO.- Se considera probado y así se declara que la acusada Rosaura mayor de edad en lanío nacida el día 11/03/34 y sin antecedentes penales, en la parcela catastral NUM000 del polígono NUM001 sita en la Partida "

DIRECCION000 " de Nules, adquirida el 10/03/03, promovió durante el año 2006 la construcción de una edificación de planta baja con una superficie de 41 m2 con un porche anexo de 17 m2 aproximadamente, colocando a lo largo de toda la parcela un vallado perimetral y elevando el nivel general de la parcela mediante aporte de tierra vegetal con elevación de la cota sobre 25 centímetros por encima del nivel del camino contiguo.

La acusada Rosaura no solicitó previamente licencia al Ayuntamiento de Nules, sin que en ningún caso pudiera concederse ni legalizarse por estar incluida esa parcela dentro del suelo no urbanizable común del PGOU de Nules e incluida además en la Zona 3 y en las coordenadas X e Y de la "Marjal Nules-Burriana" incluida en el Catálogo de Zonas Húmedas de la Comunidad Valenciana en virtud del Acuerdo de 10/09/02 del Gobierno Valenciano, siendo en virtud de la Ley 11/1994 de 27 de diciembre, de espacios naturales protegidos de la Comunidad Valenciana las zonas húmedas calificadas como suelo no urbanizable sujeto a especial protección.

SEGUNDO.- En esa zona existen construcciones similares en una cantidad no acreditada de forma fehaciente y en el expediente administrativo sancionador 298/06 SAN incoado por la Dirección Territorial de Territorio y Vivienda por esta infracción urbanística se acordó por resolución de fecha 20/12/07 la caducidad del expediente sancionador, así como el archivo de las actuaciones, al haber transcurrido más de seis meses desde la incoación sin recaer resolución".

SEGUNDO.- El día 28 de abril de 2011 fue presentado escrito por la procurador sra. Linares Beltrán, en nombre y representación de d^a Rosaura , solicitando " se dicte finalmente sentencia por la que estimando los motivos dicte sentencia absolutoria respecto de mi mandante Rosaura con todos sus pronunciamientos favorables".

TERCERO.- El recurso de apelación, fue admitido a trámite.

El Ministerio Fiscal, en escrito de 11 de julio de 2011, solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Habiéndose recibido las actuaciones en este Tribunal el día 26 de julio de 2011, en resolución de 1 de septiembre de 2011 se señaló el día 11 de noviembre de 2011 para la deliberación y votación del recurso interpuesto.

HECHOS PROBADOS

Se admiten los declarados como tales en la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La parte apelante dice que "no se niega que mi mandante realizase una pequeña construcción en la parcela de su propiedad y así lo manifestó la misma acusada en sala" y que lo que se cuestiona es que "la misma tuviera conocimiento de que la zona tuviese una especial catalogación y con sujeción a especial protección, ya que como ha quedado acreditado en autos por la distinta testifical practicada se trata de una zona en la que existen alrededor de 600 edificaciones, lo que hace deducir que la recurrente desconociese que en esa zona resultara imposible construir una edificación motivo por el cual manifestó en el plenario que desconocía que no se pudiera edificar y que en esa zona no se pedía licencia de obras, ya que así había sido la forma de actuar de la totalidad de vecinos de la parcela, téngase en cuenta la avanzada edad de mi mandante que se traía de una mujer de mas de setenta años, totalmente lega en derecho y que sólo conoce la zona donde tiene su propiedad al utilizar la vivienda para ir algunas tardes con su hermana enferma de Alzheimer, careciéndose de datos objetivos que presupongan un conocimiento de la ilegalidad en su actuar, a tal efecto se aportó por esta defensa en el acto de juicio un documento consistente un recorte de prensa local en el que se hacía mención a la existencia de un gran número de viviendas en las zona donde mi mandante posee su parcela y la posibilidad de legalizarse dichas viviendas por parte del Ayuntamiento de Nules".

Tras lo anterior, se hacen una serie de genéricas consideraciones sobre el principio de presunción de inocencia: así como que "la propia administración instó un procedimiento administrativo contra mi representada por la construcción de la vivienda, expediente que alcanzó su caducidad y cuya formación no determinaba una infracción grave, así pues entiende esta parte que si la propia administración no consideraba en su expediente administrativo la demolición de la vivienda, todo ello a pesar de que queda a discrecionalidad del juzgador dicha posibilidad pero insistimos que debe de tenerse en cuenta como criterio orientador los actos propios de la administración como referente y velador de los intereses sociales y que en su momento nada acordó sobre la referida demolición de la vivienda".

SEGUNDO.- El hecho de que se siguiera procedimiento administrativo sancionador, y concluyera por caducidad del mismo, no es óbice para que se pueda seguir procedimiento penal por delito contra la ordenación

del territorio y se dicte sentencia condenatoria penal en la que además de las sanciones penales, se acuerde la condena a la demolición de todo lo indebidamente construido.

Antes al contrario, desde el momento en que los hechos podía ser constitutivos de infracción penal, el orden jurisdiccional penal tenía prioridad o preferencia para conocer y resolver el asunto; no siendo impedimento para que se siguiera el procedimiento penal el hecho de que se hubiera seguido el previo procedimiento administrativo. No se vulnera el principio "non bis in ídem" por el solo hecho de que se hayan seguido los dos trámites procedimentales (según se dice en la sentencia del TC. N° 2/03, de 16 de enero - fundamentos jurídicos 7º a 9º, el principio constitucional "non bis in ídem" tan sólo excluye la posibilidad de ser sometido a un doble proceso penal, habiéndose reconocido tan sólo autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso penal; habiendo declarado que el hecho de haberse tramitado un primer procedimiento sancionador sin haber respetado la prioridad del orden jurisdiccional penal no impide el segundo procedimiento sancionador penal); ni resulta afectado dicho principio desde el punto de vista de la posible duplicidad de sanciones ya que no fue impuesta sanción administrativa alguna.

TERCERO.- El núcleo de la impugnación de la parte apelante se refiere a la pretendida falta de conocimiento por parte de la sra. Rosaura acerca de que la zona fuera de especial protección, y con respecto a que se necesitara autorización para hacer una construcción como la que ella hizo. Dice también que hay muchas construcciones en la zona; por lo que no podía pensar que su conducta no estuviera permitida.

No llega a calificar el supuesto "error" desde el punto de vista técnico-jurídico penal.

El Juez a quo dice que se trata un error de prohibición.

Es evidente que la acusada no podía dejar de conocer que la construcción no había sido autorizada, ya que no había pedido autorización.

Siendo claro que la acusada sabía que la construcción era no autorizada, lo que parece que pretende mantener es que no tenía conciencia de la ilicitud o antijuricidad de dicha conducta. En este punto compartimos el criterio del Juez a quo cuando afirma, para descartar que se hubiera podido producir error de prohibición (directo), que nadie puede desconocer que este tipo de construcciones "necesitan de autorización municipal por medio de la oportuna licencia". Y tal y como se dice en la sentencia recurrida, "es fundamental para apreciar cualquier tipo, de error jurídico en la conducta del infractor las condiciones psicológicas y culturales del agente, posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer las trascendencia jurídica de su obra: ahora bien, quedará excluido el error si el agente tiene normal conciencia o al menos sospecha, de que es un proceder contrario a derecho, (sentencia del Tribunal Supremo de 29-11-1994), bastando con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuricidad, aunque no la seguridad absoluta del proceder incorrecto, (sentencias del Tribunal Supremo de 16-3-1994 y 11-3-1996 entre otras) ".

Dice también la parte apelante que no sabía que la zona fuera suelo de especial, protección. Esto plantea dos cuestiones. Una es la discutida cuestión dogmática y de técnica jurídica acerca de cómo debe conceptuarse el error con respecto a los elementos normativos jurídicos del tipo objetivo, esto es, la taita de conocimiento de los elementos normativos jurídicos a integrar con la normativa extrapenal complementaria de las "leyes penales en blanco", que con tanta frecuencia aparecen en los tipos penales del denominado Derecho Penal Económico.

La otra es el tipo de conocimiento que tales elementos del tipo objetivo requieren.

Con respecto a la primera cuestión, la mayoría de la doctrina española y alemana considera que es error de tipo el error que recae sobre los elementos normativos jurídicos de la parte objetiva del tipo, o sobre la normativa extrapenal que sirve de complemento de las leyes penales en blanco. Son elementos del tipo objetivo (aunque normativos jurídicos); y, en cuanto tales, el error o falta de conocimiento sobre ellos es error de tipo excluyente del dolo. Y ello tanto cuando el error o el desconocimiento versa sobre el sustrato fáctico del elemento normativo jurídico (en cuyo caso la calificación como error de tipo no resulta dudosa), como cuando el error recae sobre el significado jurídico del elemento en cuestión o de normas extrapenales. Como dice Martínez Bujan no es óbice para mantener esta tesis el que el art. 14.1 y 2 CP . hable de error "sobre un hecho"; ya que no hay necesidad "de interpretar la palabra "hecho como dato fáctico exclusivamente, sino como sinónimo de elemento de tipo, englobando toda circunstancia o dato del tipo, sea de índole fáctica, social o jurídica.

Sobre lo segundo, es evidente que no se precisa un perfecto conocimiento del elemento, al alcance de muy pocos juristas o especialistas, sino lo que desde Mezger se viene denominando el. "conocimiento paralelo en la esfera del profano (o conocimiento que corresponda según la situación, socio-cultural del autor).

La acusada conocía que el lugar donde realizó la obra está enclavada en el Marjal de Hules, que es zona húmeda de especial valor ecológico (en varias fotografías obrantes en las actuaciones se observan zonas con agua al lado de la construcción realizada). Y de la misma forma que no podía dejar de conocer que una construcción como la que realizó necesita autorización administrativa, tampoco podía dejar de "intuir" (como apunta el Juez a quo) la peculiaridad del terreno del Marjal de Nules.

El error de tipo hay que valorarlo en función de las circunstancias en que se realiza la acción típica. No es lo mismo una acción realizada rápidamente o sobre la marcha, en unas circunstancias cambiantes o imprevistas ante las que el sujeto reacciona con celeridad, que una acción fruto de largo tiempo de maduración y pensamiento. En este último caso, hay que tener en cuenta las posibilidades con que cuenta el sujeto para informarse y asesorarse con respecto a una conducta que requiere de información y asesoramiento previos. Pues bien, en estos casos en los que la conducta se medita y decide a lo largo de un período prolongado de tiempo, y en que el sujeto prescinde de las más elementales pautas de comportamiento y de información y asesoramiento previos, de los que resultaría el cumplido conocimiento del elemento normativo del tipo (esto es que el lugar es zona de reconocido valor ecológico, y especialmente protegida por ello, en la que no cabe construir) y de la consiguiente ilicitud de la conducta proyectada, no hay un mero error vencible o evitable (una mera imprudencia), sino dolo eventual. Entendemos que la acusada no pudo dejar de tener cuando menos dudas acerca de que pudiera realizar la obra por su cuenta, sin ningún tipo de supervisión administrativa. Y cuando ante dichas dudas decidió seguir adelante, sin despejar aquella previamente (pudiendo y debiendo despejarlas), eso no es auténtico desconocimiento ni error vencible sino dolo eventual. No hay auténtico desconocimiento cuando el sujeto desiste de conocer lo que sabe o intuye que no conviene a sus intereses, o cuando desiste de conocer o comprobar tras surgirle dudas.

En atención a todo cuanto antecede, entendemos que no procede estimar el recurso.

CUARTO,- De conformidad con lo previsto en el art. 901 (aplicable por analogía) de la LECr ., procede declarar la condena de la apelante al pago de las costas procesales de esta alzada.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

Que desestimando el recuso de apelación interpuesto por la procurador sra. Linares Beltrán, en nombre y representación de d^a Rosaura , contra la sentencia de 11 de abril de 2011 del Juzgado de lo Penal n° 2 de Castellón , debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Notifíquese a las partes la presente resolución, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso y con testimonio de la misma devuélvanse las actuaciones al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al presente rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.