

Roj: **STS 4062/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4062**Id Cendoj: **28079120012016100708**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/09/2016**Nº de Recurso: **126/2016**Nº de Resolución: **708/2016**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JOSE RAMON SORIANO SORIANO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 17019/2015,**
STS 4062/2016

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Jesús**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que le condenó por delito contra la ordenación del territorio, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador Sr. Ruigómez Muriedas.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 1 de San Lorenzo de El Escorial incoó Diligencias Previas con el nº 751 de 2012 contra **Jesús**, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 3 de diciembre de 2015 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: *Primero.- El acusado **Jesús**, durante el año 2011 y los meses anteriores a abril de 2012, siendo propietario de las parcelas nº NUM000 y NUM001 del Polígono nº NUM002 (según catastro) o parcelas NUM001 - NUM003 y NUM001 - NUM004 del polígono NUM005 (según el Registro de la Propiedad), de Colmenar del Arroyo de Madrid, para el levantamiento de un cortocircuito motocross, realizó las siguientes obras: movimientos de tierras de miles de metros cúbicos, realización de desmontes y terraplenes, con alteración del perfil de la ladera en la parte baja de la parcela, colocación de dos rampas móviles de estructura metálica no ancladas al suelo, aporte de tierras y explanación de las mismas en al menos 6000 metros cuadrados. Para ello el acusado no solicitó licencia ni autorización, estando la zona afectada incluida en la Orden 903/2001 de 5 de abril de la Consejería del **Medio Ambiente** de la Comunidad de Madrid por la que se inicia el procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial protección de las Aves Silvestres denominada Encinares de los ríos Cofio y Alberche.*

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: *FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos al acusado **Jesús** a la pena de cuatro años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día con una cuota diaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos*



cuotas impagadas, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio como promotor, constructor o técnico director de edificaciones por tiempo de cuatro años y un día, costas y que proceda a la restauración del suelo al estado anterior a las obras realizadas, ello previo informe de la Dirección General del **Medio Ambiente** sobre la incidencia que en dicha zona pudieran suponer las obras de restauración en el **medio ambiente**. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial.

Con fecha 28 de enero de 2016 se dictó Auto de aclaración por la mencionada Audiencia de la anterior sentencia modificando el fallo, siendo del siguiente tenor literal: *Debemos condenar y condenamos al acusado Jesús como autor de un delito contra la ordenación del territorio en su tipo penal agravado del art. 213.1 del C. Penal, en relación con el art. 338 del mismo texto legal, a la pena de cuatro años y un día de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día con una cuota diaria de seis euros con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio como promotor, constructor o técnico director de edificaciones por tiempo cuatro años y un día, costas y que proceda a la restauración del suelo al estado anterior a las obras realizadas, ello previo informe de la Dirección General del **Medio Ambiente** sobre la incidencia que en dicha zona pudieran suponer las obras de restauración en el **medio ambiente**.*

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Jesús**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Jesús**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del apartado 4 del art. 5 de la L.O.P.J. en relación con el art. 24 de la C.E., por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y principio de legalidad del art. 25 C.E.; Segundo.- Al amparo de los arts. 852 L.E.Cr. y 5.4 L.O.P.J., por infracción de precepto constitucional por la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E.); Tercero.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por infracción de preceptos penales de carácter sustantivo, concretamente por inaplicación del art. 14 del C. Penal, en cuanto al error, por infracción de doctrina legal mantenida por el T. Supremo en constantes y reiteradas sentencias; Cuarto.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr., por indebida aplicación del art. 319.1 y 338 C.P.; Quinto.- Al amparo del art. 849.1º L.E.Cr. por infracción del art. 21.5 en relación con el 66.1.1 ambos del C.P., por no aplicación de la circunstancia atenuante de haber procedido el culpable a disminuir los efectos del daño en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral; Sexto.- Al amparo del art. 849.2 L.E.Cr. por error de hecho en la apreciación de la prueba basada en documentos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 14 de septiembre de 2016, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Dado el orden motivacional seguido por el recurrente, resulta de interés y desde luego más acorde con los criterios y principios casacionales alterar el orden en el que se plantean los motivos.

En primer término sería oportuno analizar el motivo 6º (error facti), para delimitar de forma definitiva el relato probatorio.

En segundo término debemos comprobar si ese relato ha sido debidamente acreditado con la prueba practicada en juicio (motivo 2º, presunción de inocencia).

En tercer lugar, y supuesta la realidad del relato probatorio, comprobar que tales hechos son subsumibles en el art. 319 del C. Penal. En este punto se deben integrar el motivo 1º (alcance de la legalidad administrativa aplicable) y el 4º (posible subsunción de los hechos en el art. 319 C.P.).

En cuarto lugar y para caso de que la conducta enjuiciada sea típica, si la misma resulta excluida o atenuada, por efecto del error de prohibición, como elemento excluyente o reductor de la responsabilidad criminal, por su directa repercusión en el dolo o elemento subjetivo del delito (motivo 3º).



Por último en quinto lugar, dando por sentada la comisión del delito por el recurrente, considerar la posible concurrencia de la circunstancia atenuatoria de reparación del daño.

PRIMERO.- Procede, por tanto, analizar el motivo 6º, por error facti, que el recurrente articula con base procesal en el art. 849.2 L.E.Cr .

1. El reproche lo formula el recurrente frente a la interpretación que la sentencia realiza de los efectos del delito o lesión al bien jurídico de la conducta enjuiciada y que la Sala de instancia desarrolla en el fundamento jurídico segundo. En definitiva el recurrente muestra un total desacuerdo con la valoración jurídica que la sentencia hace del dictamen pericial obrante al folio 131.

Discrepa en la calificación de suelo no urbanizable **de especial protección** , reputando los posibles daños derivados del movimiento de tierras efectuado por el recurrente, como algo opinable o hipotético, sin base real alguna. Entiende que la Sala de instancia llegó a una sentencia condenatoria con base en el dictamen del perito D. Cayetano .

2. El recurrente no se ha ajustado a las posibilidades que de forma específica el art. 849.2º otorga a las partes. El precepto que ampara el motivo únicamente tiene por objeto alterar algún aspecto, frase o afirmación del factum, suprimiendo, añadiendo o modificando su contenido, con objeto de obtener las pertinentes consecuencias en el juicio de subsunción.

Recordemos la doctrina de esta Sala que para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) que se funde en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Además de los vicios ya detectados que arrastrarían a la desestimación del motivo, para que los informes y dictámenes periciales puedan actuar como documentos, a pesar de su indudable carácter de prueba personal, sería preciso que, según doctrina de esta Sala, se dieran las siguientes circunstancias:

a) que existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen.

3. A la vista de tal doctrina es obvio que el recurrente nada pretende respecto a la corrección o incorrección del relato fáctico, sino que rechaza las valoraciones probatorias realizadas por la Audiencia, circunstancia que corresponde más bien a un motivo por presunción de inocencia o por indebida aplicación de los preceptos sustantivos (art. 849.1º L.E.Cr .: corriente infracción de ley).

El documento a que se refiere constituye una prueba de carácter personal documentada, pero sin poseer la condición de documento. Solo en los supuestos especiales mencionados puede operar un dictamen o informe pericial como documento.

Ahora bien, acerca de la valoración y alcance del dictamen, el Tribunal de instancia tiene libertad de valorarlo, en el ejercicio de su función exclusiva o excluyente, sin perjuicio de que la parte a la que no favorezca pueda acreditar que la valoración del Tribunal fue arbitraria o absurda.

En nuestro caso, al describir los posibles efectos negativos del movimiento de tierras realizado por el acusado, en relación a la ordenación del territorio, no condiciona el juicio de subsunción o calificación de la conducta



como delictiva. Se trata de una prueba más con los efectos limitados en orden a la calificación jurídica de los hechos.

En cualquier caso no pretendiendo modificación alguna del factum, el motivo debe claudicar.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr . y 5.4 L.O.P.J ., en el correlativo ordinal considera el recurrente infringido el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 C.E .).

1. El acusado ataca no solo el hecho de que la "obra realizada no resulta conforme a la prueba practicada", ya que la construcción, por cierto inacabada, fue mínima, consistente en la creación de un "minicircuito", no "cortocircuito" como afirman los hechos probados, dentro de la parcela de su propiedad, para uso exclusivo de su hijo.

Rechaza, excediéndose de los límites del motivo, las valoraciones probatorias hechas por el Tribunal sentenciador en el fundamento jurídico 2º, aduciendo como circunstancias excluyentes o atenuatorias de su responsabilidad:

- Que cesó en las obras una vez recibida la denuncia.
- Que no llegó a culminar el proyecto.
- Que su actividad se limitó a realizar unos movimientos de tierra y la colocación de dos rampas móviles de estructura metálica no ancladas en el suelo.
- Que no existió tala de árboles.
- Que dicha actividad no llegó a afectar gravemente la flora y vegetación al tratarse de matorrales de fácil recuperación.
- Que la obra se realiza con elementos desmontables y herramientas caseras y una pequeña maquinaria.

Asimismo discrepa de lo que considera exageraciones del informe emitido por los Servicios forestales, cuando la zona tenía a la sazón la consideración de protegida por el interés "ganadero". Igualmente, la existencia de chalets próximos le hizo pensar, que no existiría la prohibición de realizar tales movimientos de tierras (error de prohibición).

2. El motivo formulado debe limitarse a demostrar que existió o no prueba bastante para justificar el relato objetivo de los hechos probados y la autoría del recurrente.

En tal sentido la Audiencia contó con las siguientes pruebas:

- a) La confesión o reconocimiento del acusado, que se atribuyó la autoría de las obras realizadas, plenamente evidenciadas, aunque con las matizaciones que realizó sobre la escasa gravedad para los sistemas ecológicos.
- b) Testimonios de los agentes forestales.
- c) Las fotografías aportadas que fueron ratificadas en el plenario por sus autores.
- d) El informe pericial.

Además, aunque el bien jurídico lesionado no se incluya en el factum, se debe entender implícito en él, reputando que los hechos descritos son susceptibles de provocar los riesgos o peligros que el perito refleja en su dictamen y que pudo explicar en el juicio oral.

El perito nos dice que "las obras **pudieron implicar** la disminución de territorios de caza para varias especies de fauna, la desaparición de puntos de refugio para la especie -presa de especies emblemáticas-, la desaparición de posibles puntos de nidificación y cría, el incremento de molestias derivadas de nuevos usos y la fragmentación del hábitat. Y que las actividades previstas suponían una variación sustancial de las condiciones acústicas del entorno que podían producir efectos negativos en los animales".

Con todo ello hemos de concluir que los hechos probados fueron plenamente acreditados.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- Con amparo procesal en el art. 5.4 L.O.P.J. en relación al 24.1 C .E., en el motivo 1º, el recurrente estima que se ha vulnerado el principio de legalidad.

1. El tipo penal del art. 319.1 C.P ., es un precepto en blanco, que precisa su integración a través de la legalidad pertinente del orden administrativo.



El recurrente considera inaplicable la Orden 903/2001 de la Consejería de **Medio Ambiente** de la Comunidad de Madrid, en los términos en que es interpretada por la sentencia, a la vista de la anulación del Decreto dictado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma 36/2010 de 1 de julio.

Reprocha que la acusación del Fiscal se haya construido sobre el Decreto 36/2010, a pesar de haber sido anulado por la sentencia del T. Supremo (funda. 3º) de 16 de octubre de 2014, en materia de regulación de los espacios protegidos. Dicho Decreto declaraba la zona de las obras de Especial Conservación (ZEC) y el lugar de importancia comunitaria (LIC), denominado "Cuencas de los ríos Alberche y Cofio", aprobando el Plan de Gestión de Espacio protegido Red Natura 2000.

La anulación del Decreto trajo consigo la reactivación de la Orden que derogó 903/2001, pero dando una interpretación y alcance como si se tratara del Decreto derogado.

A juicio del recurrente dicha Orden lo que hace es establecer los límites perimetrales de la zona sometida a protección, remitiéndose en cuanto a planes de protección de la misma a los Planes de Ordenación de los respectivos Ayuntamientos, en este caso, el de Colmenar del Arroyo, y conforme consta a los folios 34 y 35 de las actuaciones, establece que conforme al Plano de Clasificación del Suelo de las NNSS vigentes en el término municipal de Colmenar de Arroyo, las parcelas NUM001 del polígono NUM002 está clasificado como suelo no urbanizable de especial protección (protección ganadera) SNU-PG.

El Decreto 36/2010 es anulado por el T. Supremo por no estar debidamente justificados los criterios de zonificación seguidos y el establecimiento de medidas de conservación y de gestión.

Por consiguiente, al realizarse la obra en terrenos propios de la **zona de protección ganadera**, nada tenía que ver con la **conservación y protección de aves silvestres**, conceptos totalmente distintos, cuando en un caso la protección tiene como objetivo la **explotación del ganado**, y en el otro la conservación de **aves silvestres en peligro de extinción**.

2. Antes de dar respuesta al motivo resulta oportuno llevar a cabo unas clarificaciones que pone de relieve el Mº Fiscal.

Así la Orden 903/2001 de 5 de abril declaraba la << **iniciación del procedimiento** de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección de las Aves Silvestres denominada "Encinares de los ríos Cofio y Alberche">>. La citada Orden, publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 24/04/2001, disponía **Primero** "Iniciar el procedimiento de tramitación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Zona de Especial Protección para las Aves Silvestres denominada "Encinares del río Alberche y río Cofio": **Segundo** "Durante la tramitación de este Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y hasta que sea aprobado, no podrá otorgarse ninguna autorización, licencia o concesión que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física y biológica, sin informe favorable de la Consejería de **Medio Ambiente**. Este informe, que será emitido en el plazo máximo de noventa días, será negativo cuando el acto pretendido suponga una transformación sensible de la realidad física y biológica que pueda llegar a hacer imposible o dificultar de forma importante la consecución de los objetivos de dicho Plan".

El Mº Fiscal entiende que la zona donde se hizo la construcción figuraba en la lista regional de lugares de importancia comunitaria (LIC) y en la zona de especial conservación (ZEC), que debía ser incluida en el espacio Red Natura 2000, por lo que la zona de "cuencas de los Ríos Alberche y Cofio", al encontrarse en esa lista, fue objeto de aprobación por Decisión de la Comisión Europea de 19 de julio de 2006 y en una segunda lista actualizada aprobada por Decisión de la Comisión Europea de 12 de diciembre de 2008.

El Fiscal añade, que también sería de aplicación la Ley 42/2007 de 13 de diciembre del patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que en su capítulo tercero regula los espacios protegidos Red Natura 2000, declarando que los LIC, los ZEP y la ZEPA tendrían la consideración de espacios protegidos.

Al recurrente le asiste en buena medida razón. La remisión a la legislación general o a las listas sometidas a la aprobación de la Comisión Europea, entre las que se encontraba el LIC "Cuencas de los Ríos Alberche y Cofio" permite declarar a tal lugar como susceptible de protección o "protegido", pero la declaración de "**especial protección**" en nuestro país y en la Comunidad Autónoma de Madrid en tanto se trata de una competencia transferida, le corresponde a dicha Comunidad, que es la que tiene la potestad de llevar a cabo tal declaración, como lo demuestra el Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad madrileña, oportunamente declarado nulo por la Sala III del Tribunal Supremo.

Hemos de reparar que si uno de los vicios o deficiencias del Decreto era la inconcreta o no bien delimitada zonificación del lugar, ello podría determinar que todo o parte de la finca en que se realizaron las obras de desmonte y explanación no estuviera incluida dentro de los límites de la zona protegida.



3. Descartada la aplicación de la legislación general o las propuestas o listas de lugares, aprobados como protegidos por la Unión Europea, la capacidad de efectuar la declaración de "zona especialmente protegida" corresponde a la Comunidad Autónoma, por reconocimiento (lógicamente en el pertinente expediente) de un valor ecológico, declarándolo finalmente con tal carácter especial a través de un Decreto.

Hasta tanto ello no se produzca no puede merecer el mismo reproche penal, construir en una zona a que se refiere el art. 319 (suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público) o bien lugares que legal o administrativamente tengan reconocido su valor **paisajístico , ecológico , artístico , histórico o cultural** , o por los mismos motivos (en este caso sería de carácter ecológico) hayan sido considerados de **especial protección** , lo que se hubiera conseguido, de haber sido válido, con el Decreto de la Comunidad 36/2010.

Así resulta que los hechos declarados probados establecen:

a) Que la zona afectada está incluida en la Orden 903/2001 de 5 de abril de la Consejería de **Medio Ambiente, por la que se inicia el procedimiento de tramitación** del Plan de Ordenación de **Recursos Naturales** .

b) Que los recursos naturales objeto del Plan de Ordenación se refiere a la protección de **Aves Silvestres** dentro de la zona denominada "Encinares de los ríos Alberche y Cofio".

Como podemos comprobar la zona era conforme a la legalidad que se aplica, de especial protección para el ganado, que nada tiene que ver con las "Aves Silvestres" que solo tendrá lugar cuando por Decreto de la Comunidad de Madrid se atribuya al espacio protegido al que nos estamos refiriendo el carácter de "zona de especial protección".

La Orden 903/2001 inicia el procedimiento, pero no se ha culminado por un Decreto válido que atribuya esa condición al objeto de subsumir los hechos en el art. 319.1 C.P .

El informe del perito sobre los posibles efectos negativos de la obra realizada en las aves silvestres, solo tiene el carácter de argumentos o informes científicos, que permitirán dar base a la declaración en su día, si procede, de zona de especial protección "por razones ecológicas".

Ello hace que la conducta desplegada no integre el delito del nº 1 del art. 319. Sin embargo, el número segundo, podría ser perfectamente aplicable, sin producir indefensión al acusado, ni infringir el principio acusatorio, por tratarse de un precepto de idéntica estructura técnica, en el que se identifican en su nº 1º y 2º, los autores (promotores, constructores o técnicos directores), las obras que atacan la ordenación del territorio (urbanización, construcción o edificación), situándose la única diferencia en la naturaleza de los terrenos a los que afecta la conducta delictiva, que ha sido objeto de la más amplia contradicción.

El precepto resulta plenamente aplicable, porque la Orden 903/2001 de la Comunidad de Madrid, que solo inicia un procedimiento de declaración de zona de especial protección, pero en previsión de que la misma, hasta tanto se declare sea objeto de modificaciones o transformaciones físicas o biológicas, que impidan surtir plenos efectos o conseguir los objetivos del Plan, señalan unas claras disposiciones en su apartado 2º, según el cual se declara la zona como no urbanizable, resultando prohibido el otorgamiento de ninguna autorización, licencia o concesión, que habilite para la realización de actos de transformación física o biológica sin informe favorable de la Consejería.

Así resulta, que a pesar de tales prohibiciones, el acusado realizó movimientos de tierras, sin informarse en el Ayuntamiento, ni obtener la correspondiente licencia de tal Ayuntamiento o de la Consejería realizando los actos prohibidos.

Ante la identidad típica y la ausencia de indefensión, la imputación de la realización de obras en terrenos prohibidos sin licencia o autorización caería de lleno dentro de los límites típicos del art. 319.2, que establece unas penas inferiores al delito por el que se le condena en la recurrida.

Los motivos 1º y 4º han de ser parcialmente estimados.

CUARTO.- Con sede procesal en el art. 849.1º L.E.Cr ., en el motivo 3º, estima infringido el art. 14 C.P . por su inaplicación.

1. La sentencia estima concurrente dolo eventual, aunque lo niega el recurrente, porque existían edificaciones a su alrededor o en sus proximidades y también se produjo una voladura en terreno muy próximo a su parcela como consecuencia del desdoblamiento de la carretera M-501.

No acepta que por ser de profesión periodista se halle en mejores condiciones para conocer la legalidad urbanística que cualquier otra persona.

Por otra parte un movimiento de tierras no excesivamente notable, en propiedad privada de naturaleza rústica, no permite pensar que para ello precise licencia.



Además en las obras que realizó en la parcela -no terminadas- no utilizó ni hormigón, cemento o ladrillo, sino que se trató de un movimiento de tierras o explanación, según reflejan las fotografías aportadas a autos.

2. Es indudable que para conocer la conciencia de la ilegalidad de un acto debe tenerse en consideración las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido.

Como bien apunta el Fiscal en el caso enjuiciado, según consta en la sentencia, hay dos datos significativos para llegar a la conclusión de no considerar apreciable la existencia de un error en el acusado. En primer lugar, respecto a sus condiciones personales, el acusado era de profesión periodista y, por lo tanto, con un nivel de formación y aptitud suficiente para conocer o buscar información; y, en segundo lugar, respecto de su forma de actuar, el acusado no solicitó autorización ni licencia para la realización de las obras que, como se ha puesto de manifiesto, tuvieron una cierta entidad.

El acusado debió pensar que las obras del desdoblamiento de la carretera y las edificaciones próximas precisaron de licencia, pero además las más elementales precauciones obligan a cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar, cosa que no hizo el acusado.

El motivo no puede prosperar, ya que la convicción del Tribunal de instancia, el cual posee la facultad exclusiva de valorar las pruebas por la inmediación de que dispone, no ha sido combatida o desvirtuada en esta instancia procesal.

QUINTO.- En el correlativo ordinal el recurrente al amparo del art. 849.1º L.E.Cr ., considera inaplicada la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 C.P.) en relación al 61.1.1º del mismo cuerpo legal .

1. La defensa alega y justifica la procedencia de tal atenuación por haber procedido a disminuir los efectos del daño, porque de inmediato y tan pronto se denunciaron las obras cesó en la continuación de las mismas, sin culminar el proyecto, amén que el delito cometido no le reportó ventaja alguna.

2. Sobre esta cuestión es del caso recordar la previsión legal del art. 319.3 que establece que los tribunales podrán ordenar la reposición a su estado originario de la realidad física alterada. Como se dijo en la STS 901/2012, 22 de noviembre , se trata de evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho. En aplicación de esa normativa, la sentencia recurrida ha condenado al acusado a que proceda a la restauración del suelo al estado anterior de las obras realizadas, previo informe de la Dirección General del **Medio Ambiente**.

Por tanto, el acusado llevó a cabo la conducta de paralizar las obras consecuencia lógica de la previsión legal, circunstancia que deberá tener su reflejo en la fijación de la extensión de la pena que se imponga, pero no consta que realizara ninguna acción positiva de restauración del suelo afectado con su actividad. En consecuencia, no existe base fáctica para la aplicación de la circunstancia atenuante solicitada.

El motivo debe rechazarse.

SEXTO.- La estimación parcial de los motivos 1º y 4º, hace que las costas del recurso se declaren de oficio, de conformidad al art. 901 L.E.Cr .

III. FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, con estimación parcial de sus motivos primero y cuarto y desestimación del resto, interpuesto por la representación del acusado **D. Jesús** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección primera, de fecha 3 de diciembre de 2015 , en causa seguida contra el mismo por delito contra la ordenación del territorio. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y, comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Luarca Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

SEGUNDA SENTENCIA

En nombre del Rey



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

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Septiembre de dos mil dieciséis.

En la causa incoada por el Juzgado Mixto nº 1 de San Lorenzo de El Escorial, con el nº 751 de 2012, y seguida ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, por delito contra la ordenación del territorio contra el acusado **Jesús**, con DNI NUM006, nacido en Madrid el NUM007 /1972, hijo de Luis Francisco y Angelica, domiciliado en la CALLE000 nº NUM008 de Boadilla del Monte (Madrid), sin antecedentes penales, y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 3 de diciembre de 2015, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Corregido el error de subsunción y siendo aplicable el nº 2 del art. 319 y no el primero, y a la vista de la menor gravedad de los hechos (castigados con menor pena), de la identidad estructural en ambos preceptos, y sin haberse producido ninguna infracción del principio acusatorio, dada la posibilidad de contradecir todos los aspectos del nº 2 del art. 319, procede castigar por este precepto, y a la vista de las circunstancias concurrentes, en particular la escasa transcendencia de las obras realizadas, procede imponer la pena de 1 año de prisión y multa de 15 meses con una cuota diaria de 6 euros, manteniendo los demás pronunciamientos y consecuencias accesorias establecidas en la recurrida.

III. FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido condenar al acusado como autor de un delito consumado contra la ordenación del territorio (art. 319.2 C.P.), sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de 1 año de prisión, con las accesorias correspondientes, multa de 15 meses con una cuota diaria de 6 euros, y a la inhabilidad profesional correspondiente y realización de obras de restauración establecidas en la sentencia de instancia y todo lo demás previsto en aquella que no se oponga a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gomez Jose Ramon Soriano Soriano Miguel Colmenero Menendez de Larca Antonio del Moral Garcia Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACIÓN .- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Jose Ramon Soriano Soriano, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.