

Suplemento

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10988 *Sección Cuarta. Sentencia 132/2009, de 1 de junio de 2009. Recurso de amparo 148-2007. Promovido por don Joaquín Ordoñez Carrillo frente a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén que, en grado de apelación, le condenó por un delito contra la ordenación del territorio. Vulneración del derecho a un proceso con garantías: condena pronunciada en apelación sin haber celebrado vista pública (STC 167/2002).*

La Sección Cuarta del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera y don Ramón Rodríguez Arribas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 148-2007, promovido por don Joaquín Ordóñez Carrillo, representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Pinto Marabotto y asistido por el Abogado don Juan Jesús Garzón García, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de diciembre de 2006, dictada en rollo de apelación núm. 107-2006 que, revocando la absolución acordada por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén de 10 de octubre de 2006 dictada en procedimiento abreviado núm. 220-2006, condenó el recurrente como autor de un delito contra la ordenación del territorio a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para la profesión u oficio de promotor durante seis meses y multa de doce meses a razón de seis euros de cuota diaria, ordenándose la demolición de la construcción declarada ilegal. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sección.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 5 de enero de 2007, el Procurador de los Tribunales don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de don Joaquín Ordóñez Carrillo, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial citada en el encabezamiento.

2. Los hechos más relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

a) Con fecha de 10 de octubre de 2006, el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jaén dictó Sentencia en la que se absolvía al recurrente por el delito contra la ordenación del territorio de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, sobre la base de considerar que del contenido de los informes periciales y de lo declarado por los peritos y testigos no quedaba acreditado que la edificación fuera «no autorizable», y en virtud de la apreciación de un error de prohibición. Por posterior Auto de aclaración de 20 de octubre de 2006 se corrigieron los hechos probados, quedando fijados en los siguientes términos:

«El acusado Joaquín Ordóñez Carrillo el día 24 de mayo de 2005 sobre terreno situado en el margen derecho de la carretera JV-2225 carretera del Puente de la Sierra al Puente Jontoya, término municipal de Jaén, calificado conforme al PGOU de Jaén y LOUA 7/02 como suelo no urbanizable, procedió a construir una nave de 600 metros cuadrados, cuyo uso industrial no ha sido acreditado, y sin que se haya probado que no es autorizable conforme a la LOUA.»

b) Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de diciembre de 2006 revocó la absolución y, añadiendo a los hechos probados la frase: «habiéndose resultado acreditado que la misma no es autorizable conforme a la L.O.U.A.», condenó al recurrente por un delito contra la ordenación del territorio. La condena se fundó en la siguiente argumentación, recogida en los fundamentos de derecho a la Sentencia:

«El acusado ha promovido y construido una nave industrial sin licencia urbanística de 600 metros cuadrados de planta, sin perjuicio de que por el acusado en el acto del plenario se alegara que estaba destinado a uso de establo caballar, lo cual no acreditó, deduciéndose en cambio, de las manifestaciones de los agentes de Policía Local, de los efectivos del Seprona y del informe emitido por la propia Arquitecta técnica que se trataba de una nave industrial, señalando dicho perito, Sra. Martínez Morales, que se trataba de suelo no urbanizable común y que carecía de datos suficientes para valorar si las obras pueden ser o no susceptibles de legalización; y esta conducta no ha merecido la sanción penal por entender el Juzgador de instancia que su legalización podría ser posible en el futuro y por poder apreciar un error de prohibición.

Pues bien, el argumento relativo a la posibilidad de que la legislación cambie es inconsistente, ya que toda legislación en cuanto tiene posibilidad de cambiar, haría totalmente inaplicable el precepto, ya que incluso la conducta podría ser objeto de despenalización, pero hasta que eso no ocurra, debe operarse con la legislación vigente, ello por tanto lleva a esta Sala a no compartir la conclusión a la que llega el Juzgador, sino la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal de que la concurrencia de los elementos del tipo que aquí concurren, haya de referirse al momento de la construcción, pues efectivamente la Justicia penal ha de partir de la calificación que surge de la aplicación de la normativa vigente cuando se realizaron los hechos constitutivos del ilícito penal, y en el caso que nos ocupa no era autorizable según se desprende del referido informe pericial.

En consecuencia, los hechos declarados probados deben subsumirse en el art. 319-2 del Código Penal, debiendo responder del mismo el acusado Joaquín Ordóñez Carrillo, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Por otra parte debe rechazarse la alegación de que concurre error, que ignoraba que la acción era constitutiva de infracción penal, ya que como ha venido manteniendo con reiteración el Tribunal Supremo, por todas las Sentencias la de 29 de septiembre de 1997, la apreciación del error en cualquiera de sus formas, vencible o invencible, vendrá determinada por las circunstancias objetivas del hecho y subjetivas del autor; 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 de noviembre de 1994), bastando con que se tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, aunque no la seguridad absoluta del proceder incorrecto (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1994 y 11 de marzo de 1996 entre otras). En este caso, el acusado era consciente de la antijuridicidad de su conducta, de que no había solicitado licencia y que la construcción no era autorizable, debiendo de tenerse en cuenta al respecto que al acusado le hubiera bastado con solicitar la oportuna licencia de obras, cosa que evidentemente no hizo, para en cualquier caso, haber salido de su error y conocer perfectamente que no podía hacer la obra.

Desde tales planteamientos, es evidente que el recurso, como hemos dicho, debe prosperar, pues la obra realizada por el acusado cumple todos los requisitos del tipo, al tratarse de suelo no urbanizable y construcción no legalizable.

Tampoco son sostenibles los argumentos de existencia de otras construcciones en las inmediaciones, pues solo se juzga el comportamiento del acusado, ni que éste no actuara dolosamente, cuando es evidente que toda construcción en nuestro país precisa de autorización».

3. En la demanda de amparo se denuncia, como primer motivo de amparo, la vulneración de los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías, a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Se funda este motivo en que por el órgano judicial de apelación se ha revocado un pronunciamiento absolutorio valorando sin intermediación tres pruebas de carácter personal, como son el testimonio del acusado y el de los dos peritos que declararon en el juicio oral: el técnico de la gerencia de urbanismo y el autor del dictamen pericial relativo a la susceptibilidad de la legalidad de la edificación. A ello añade que se ha vulnerado asimismo el derecho a la presunción de inocencia porque no existe prueba de cargo sobre el elemento subjetivo del delito, pues no se ha refutado la existencia de un error de prohibición, ni tampoco sobre que la construcción tuviera un destino industrial y no fuera susceptible de legalización.

El segundo motivo de amparo denuncia la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por cuanto la afirmación de la Audiencia Provincial de que no es relevante si la construcción era o no autorizable, sino sólo que en el momento de su construcción no estaba autorizada, es contraria al tenor literal del precepto, que expresamente establece como elemento del tipo que la construcción no sea autorizable. Aduce además que para la aplicación del art. 319.2 CP no basta con que el suelo sea no urbanizable, sino que, como se afirma en la Instrucción 1/2003 de la Fiscalía, también es preciso que sea de especial protección natural, lo que no se da en el caso concreto. Por último, considera también que la Audiencia extiende el precepto a consecuencias no previstas por el legislador pues el juez penal no puede adoptar una medida como la demolición, por no venir prevista en el Código penal y por corresponder al ámbito de la legalidad administrativa.

4. Por providencia de 29 de julio de 2008, la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC (en la redacción anterior a la actualmente vigente), conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 LOTC.

5. El día 2 de septiembre de 2008 se registró la entrada del escrito de alegaciones del demandante de amparo, en el que, sustancialmente, reitera lo expuesto en la demanda, centrando la procedencia de la admisión en la relevancia del primer motivo de amparo.

6. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones el día 13 de octubre de 2008, considerando que si bien debía descartarse la vulneración del derecho a la legalidad penal, la queja fundada en la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías no carecía de contenido constitucional, pues la Audiencia Provincial había revocado una absolución a partir de una nueva valoración de los testimonios personales prestados en primera instancia —del acusado, de los agentes de la policía local y del Seprona, y de los peritos— y, por ello, sin intermediación, apreciándose ese hecho directamente de la lectura de la Sentencia de apelación.

7. Por providencia de 25 de noviembre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda y, en aplicación del art. 51 LOTC, requerir a los órganos judiciales para que remitieran testimonio de las actuaciones, interesando asimismo el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

Asimismo, de conformidad con lo instado por el actor, se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión para la tramitación del incidente correspondiente y, tras atender las alegaciones pertinentes, por Auto de la Sala Segunda de este Tribunal de 15

de diciembre de 2008 se acordó conceder la suspensión solicitada únicamente respecto de la pena privativa de libertad.

8. Con fecha de 13 de marzo de 2008 presentó su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal. En primer lugar consideró inexistente la vulneración del derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), por entender que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial del tipo penal aplicado, según la cual el elemento típico «no autorizable» ha de circunscribirse temporalmente al momento de realización de los hechos, ni puede considerarse imprevisible para sus destinatarios, por ser una de sus interpretaciones posibles, ni resulta metodológicamente extravagante, al haber sido asumida por diferentes órganos judiciales.

A distinta conclusión llega respecto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), derecho en el que debe subsumirse el primer motivo de amparo antes que en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Considera el Fiscal que, en aplicación de la doctrina iniciada con la STC 167/2002, debe otorgarse la razón al recurrente y estimarse el amparo, por cuanto la Audiencia ha procedido a fundar la condena sobre una nueva valoración de pruebas personales sin oír directamente los testimonios. En concreto, la Audiencia ha ponderado el testimonio del acusado, del Jefe de patrulla del Seprona—quien describió la nave y manifestó que creía que la nave no se podía legalizar—, y de los peritos, quienes, como consta en el acta del juicio, manifestaron que la nave podría legalizarse si se justifica por su uso agrícola. El Fiscal afirma que para llegar a la conclusión de que el uso a que estaba destinada la nave era industrial supone una revisión de la credibilidad no sólo del acusado, sino también de las declaraciones de los peritos.

Respecto de la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), considera que junto con el acervo de pruebas personales el órgano judicial ha dispuesto asimismo de prueba documental; por ello, no puede declararse vulnerado tal derecho fundamental, sino que lo procedente, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, es la retroacción de actuaciones para su valoración por la Audiencia Provincial.

9. El día 12 de marzo de 2009 se registró la entrada del escrito de alegaciones del demandante de amparo, en el que daba por reproducidas las alegaciones efectuadas en anteriores escritos.

10. Por providencia de 11 de mayo de 2009, la Sala Segunda, al efecto previsto en el art. 52.2 LOTC, defiere la misma a la Sección Cuarta, al entender que para la resolución de este recurso es aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional.

11. Por providencia de 28 mayo de 2009, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 1 de junio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de diciembre de 2006 que, revocando el pronunciamiento absolutorio de instancia, condenó al recurrente como autor de un delito contra la ordenación del territorio. Estima el demandante vulnerado su derecho a la defensa (art. 24.2 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haberse revocado una Sentencia absolutoria sin celebración de vista y a partir de la valoración de pruebas personales, infringiendo con ello los principios de oralidad e inmediación. Asimismo, considera vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) por haberse fundado la condena en una interpretación imprevisible del tipo penal aplicado.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2. Delimitadas en los términos expuestos las cuestiones suscitadas con ocasión del presente recurso de amparo, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar por la denunciada lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que se imputa a la Sentencia de la Audiencia Provincial, por vulneración de los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la segunda instancia, ya que, de ser acogido este motivo de amparo, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho podría requerir, en atención a las circunstancias del caso, la retroacción de las actuaciones a fin de que la Audiencia Provincial dictara una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental conculcado (por todas, SSTC 91/2006, de 27 de marzo, FJ 5; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 5; 25/2008, de 11 de febrero, FJ 2). En este sentido, además, resulta procedente subsumir bajo tal derecho fundamental el primer motivo de amparo, reconduciendo pues a su análisis los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva sin indefensión que también son invocados por el recurrente.

El examen de esta queja requiere traer a colación, siquiera de manera sucinta, la consolidada doctrina constitucional, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11) y reiterada en numerosas Sentencias posteriores, según la cual el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando en la apelación se planteen cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de las pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. En aplicación de esta doctrina hemos dicho que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción exige que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FFJJ 5, 6 y 7; 324/2005, de 12 de diciembre, FJ 3; 24/2006, de 30 de enero, FJ 1; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4; 21/2009, de 26 de enero, FJ 2).

3. En aplicación de la citada doctrina, debemos declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente, por cuanto la Audiencia Provincial ha fundado su condena en una nueva valoración de los testimonios prestados en el juicio oral celebrado en primera instancia sin haberlos oído personalmente, desatendiendo por tanto el obligado respeto a las garantías de inmediación y contradicción. Así, por lo que respecta al testimonio del acusado, la Sentencia asume que éste promovió y construyó una nave que —frente a la conclusión del Juzgado, que no consideró probado ese aspecto—, tenía una finalidad industrial, y que por tanto no era susceptible de ser autorizada; y a esa conclusión se llega «sin perjuicio de que por el acusado en el acto del plenario se alegara que estaba destinado a uso de establo caballar», esto es, modificando el juicio sobre la credibilidad del testimonio efectuado por el órgano de instancia, que no consideró probado el uso industrial de la construcción. De igual modo, infiere la Audiencia tal conclusión «de las manifestaciones de los agentes de Policía Local, de los efectivos del Seprona y del informe emitido por la propia arquitecta técnica que se trataba de una nave industrial, señalando dicho perito, Sra. Martínez Morales, que se trataba de suelo no urbanizable común». Como pone de relieve el Ministerio Fiscal, la Sala de apelación revisa, asimismo, el juicio sobre la veracidad de los testimonios efectuados en el acto del juicio por los peritos; así, de una parte, otorga mayor credibilidad a la perito del Ayuntamiento que a lo declarado por el perito de la defensa, en cuyo testimonio se basó el Juzgado para considerar que la obra era autorizable. De otra, se apoya directamente en lo declarado por dicha perito, Sra. Martínez, en manifiesto contraste con el valor incriminatorio que le otorgó

el órgano *a quo*, que entendió que el informe pericial es «insuficiente, ligero, no se compromete a nada y a la pregunta de si es legalizable, en su ampliación al peritaje inicial afirma que carece de datos suficientes para poder afirmarlo. El Fiscal no consigue que diga la perito lo que sustenta su tesis... la tipología constructiva puede ser compatible con la estabulación caballar».

Al igual que en el supuesto resuelto por la STC 10/2004, de 9 de febrero, en el caso que ahora nos ocupa, «el perito no se limitó a proporcionar a los jueces una máxima de experiencia o herramientas para apreciar un hecho científico, sino que, apreciando un hecho, realizó una valoración del mismo, de modo que la relación entre el dictamen y su valoración como prueba se produjo, precisamente, desde el prisma de su credibilidad» (FJ 9). Por ello, dado que la revisión de la valoración de la prueba pericial efectuada por el órgano *a quo* no se limitó al contenido de los informes periciales, sino que se proyectó sobre la credibilidad de las valoraciones efectuadas por los peritos en el juicio oral, y dado que, por lo demás, también la veracidad de los testimonios del acusado y de los miembros del Seprona y la policía local fue revisada en apelación sin ser oídos directamente por la Sala, es por lo que debemos declarar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

4. De acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, la constatación de la anterior vulneración determinaría también la del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados por la Audiencia Provincial fueran las únicas pruebas de cargo en las que se fundamentase la condena. Sin embargo, de conformidad igualmente con la referida doctrina constitucional, en aquellos casos en que, al margen de las pruebas no susceptibles de valoración por el Tribunal *ad quem*, existan otras válidamente practicadas, como acontece en este caso con la prueba documental incorporada al proceso —tal como los informes topográfico y fotográfico del Seprona, el expediente administrativo con el informe técnico o la solicitud de legalización efectuada por el recurrente—, no procede entrar a examinar la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque a este Tribunal no le corresponde la valoración de si la prueba que pueda considerarse constitucionalmente válida es suficiente o no para sustentar la declaración de culpabilidad o condena del demandante de amparo. Por ello, en tales ocasiones lo procedente es ordenar la retroacción de las actuaciones judiciales hasta el momento anterior al de haberse dictado la Sentencia de apelación, a fin de que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado (entre muchas, SSTC 105/2005, de 9 de mayo, FJ 1; 185/2005, de 4 de julio, FJ 2; 126/2007, de 21 de mayo, FJ 4; 207/2007, de 24 de septiembre, FJ 2; 28/2008, de 11 de febrero, FJ 2; 115/2008, de 29 de septiembre, FJ 1; 3/2009, de 12 de enero, FJ 2). Ello hace innecesario, asimismo, que entremos a pronunciarnos sobre los restantes motivos de amparo invocados por el recurrente, en aras del respeto a la subsidiariedad que preside el amparo (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 25/2008, de 11 de febrero, FJ 2; 86/2008, de 21 de julio, FJ 2).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por don Joaquín Ordoñez Carrillo y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 4 de diciembre de 2006, recaída en el rollo de apelación

núm. 107-2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al de pronunciarse la mencionada Sentencia para que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a uno de junio de dos mil nueve.–Vicente Conde Martín de Hijas.–
Elisa Pérez Vera.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.