

no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores, en cuanto que las lesiones y su secuela se han producido, cuando la niña, la lesionada, y la que pudo ocasionar la lesión, junto a otras compañeras de la misma edad, jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua y de general práctica entre las niñas de esa edad, y si se produjo ese resultado fue por un fatal accidente como así se califica en la sentencia recurrida. Es la inocuidad del juego y su práctica generalizada, que revela a su vez aquella, lo que implica la falta de responsabilidad, porque no puede atribuirse a una *culpa in vigilando* de los padres.”

2.– “(...), en el caso de autos el menor Sergi no estaba realizando una actividad inocua, sino que en palabras del testigo presencial de los hechos, ‘estaba estirando del árbol como si lo quisiera arrancar, y después lo soltó como si fuera un látigo’, lo que amén de ser una conducta totalmente incívica que revela una inadecuada educación imputable a los padres, entrañaba

un notable riesgo atendida la proximidad de Marc, que fue totalmente despreciado por parte de Sergi, lo que ha de llevar a declarar la responsabilidad de aquellos, ex artículo 1903 CC, por aparecer clara la *culpa in vigilando* de los mismos.”

En cuanto al cálculo de la indemnización, la Audiencia señala que: “(...) Aun cuando no resulte de aplicación al caso de autos, el baremo establecido para los accidentes de circulación puede servir de orientación a la hora de valorar si la indemnización peticionada resulta adecuada y razonable.” A su vez, concluye que “(...) lo que hace que deba predicarse la absoluta moderación de tal pretensión (100.000 euros), si se la compara con las fijadas en el baremo para incapacidades similares, procediendo en consecuencia la estimación íntegra de la demanda.”

Por todo ello, se estima totalmente el recurso y se condena solidariamente a los padres del menor causante de la lesión a pagar a los actores la cantidad de 100.000 euros, imponiéndoles las costas de la primera instancia.

F) Jurisdicción penal

Audiencia Provincial de Jaén. Un error sobre la impunidad, esto es, la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados, es un estado de confianza que no puede identificarse ni como ausencia de dolo, ni como error jurídico excluyente de la responsabilidad penal, ni encuadrable, por tanto, en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal

Órgano: Audiencia Provincial de Jaén. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación 6/2009

Resolución: Sentencia 49/2008

Fecha: 9 de febrero de 2009

Ponente: Ilma. Sra. Dña. Elena Arias-Salgado Robsy

Doctrina: Son sujetos activos de los delitos contra la ordenación del territorio contemplados en el artículo 319 del Código Penal los promotores o dueños de las construcciones ilegales. En el caso de condena por delitos contra la ordenación del territorio por la construcción de edificios no autorizables en el suelo no urbanizable, la existencia de otras muchas construcciones ilegales en el entorno será una circunstancia a tener en cuenta en orden a la medida de demolición, y según los casos concretos, pero, desde luego, no excluye la tipicidad del hecho, ni sirve para justificar la alegación de existencia de error invencible.

Si la prueba practicada acredita que los acusados tenían conocimiento de que construían en suelo no urbanizable una construcción no autorizable, debe estimarse su conducta como dolosa, aun cuando desconocieran el alcance concreto de su acción ilegal, pues, como dice la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2006, “cosa distinta es lo que podríamos llamar un error sobre la impunidad, esto es la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Pero tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal.”

Supuesto de hecho

Los acusados, Eduardo y Gustavo, mediante escritura pública de fecha 5 de junio de 2003, adquirieron un trozo de terreno con una superficie de 25 áreas y 64 centiáreas, que dividieron en dos parcelas. El suelo estaba y está clasificado por el planeamiento urbanístico como no urbanizable.

Los acusados, que carecían de licencias urbanísticas, procedieron a la construcción, en sus respectivas parcelas, de sendos edificios de 59 y 58 metros cuadrados, destinados a viviendas unifamiliares, instalando pozos ciegos para evacuación de aguas fecales; construcciones que no son susceptibles de legalización.

El acusado Máximo, sobre una parcela de aproximadamente 1.500 metros cuadrados de superficie, adquirida mediante escritura pública de fecha 1 de marzo de 2004, emplazada en un terreno situado en el mismo paraje y término municipal, y con igual clasificación urbanística que el anteriormente descrito, careciendo de licencia, procedió a la construcción de un edificio de una planta de 172 metros cuadrados de superficie, destinada a vivienda unifamiliar, y una piscina con depuradora, así como a la instalación de un desagüe hasta una calle, que carece de sistema de alcantarillado. La construcción fue efectuada por la empresa YOLCRIS, S.L., cuya representante legal era la acusada Gracia.

Las obras fueron detectadas en el año 2004 por agentes de la Policía Local de Rus, ordenando el alcalde la paralización

de las obras, incumpliendo los acusados la mencionada medida, a excepción de Gracia, respecto de la cual no se ha acreditado que tuviera conocimiento de la orden de paralización, ni que esta orden fuera dirigida personalmente a ella.

El Juzgado de lo Penal número uno de Jaén, en el Procedimiento Abreviado núm. 147/2008, dictó sentencia de 7 de octubre de 2008 sobre los anteriores hechos, que:

a) Absolvió a Gracia del delito de desobediencia de que venía acusada y la condenó como autora de un delito contra la ordenación del territorio.

b) Condenó a Eduardo, Gustavo y Máximo como autores de un delito contra la ordenación del territorio y un delito de desobediencia a cada uno.

Contra la sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones de todos los acusados.

El recurso se estima en parte, revocando la sentencia en cuanto a la condena por el delito de desobediencia imputada a tres de los acusados.

Fundamentos de derecho/doctrina

En el recurso que se formula por los coimputados, D. Eduardo y D. Gustavo y D. Máximo, condenados en la sentencia que se impugna por el delito de desobediencia y por el delito contra la ordenación del territorio, la Audiencia resuelve las alegaciones de cada uno de ellos.

1. El delito de desobediencia

El delito de desobediencia, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo núm. 394/2007, de 4 mayo, con cita de la de 5-6-2003, requiere:

“a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias;

“b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que este haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;

“c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.”

La Audiencia estima la apelación en este punto porque no concurren los requisitos del tipo en la actuación de los recurrentes, al constar acreditado, en el juicio celebrado, que la intervención del entonces alcalde, reconocida por el mismo tanto en sede de instrucción como en el juicio oral, les autorizó verbalmente para que utilizaran los materiales que ya tenían en las respectivas obras.

El argumento del Tribunal es:

“Si de un lado la Autoridad competente ordena paralizar las obras notificándose dicha orden a los interesados, y de

otro, tras acudir a hablar con dicha autoridad, esta indica verbalmente que pueden agotar los materiales que en dicho momento tenían en las fincas, con la razón que sea y al margen del procedimiento administrativo, es evidente que se desdibuja ese mandato imperativo cuyo respeto y obligatoriedad protege el tipo delictivo, que consecuentemente no puede calificarse de persistente y reiterado; sin que tampoco y de otro lado, pueda concluirse con la contundencia que el derecho penal y la presunción de inocencia exigen que se haya probado la intención o dolo de incumplir un mandato emitido por la autoridad competente, que en este caso actúa creando confusión en los administrados.”

2. El delito contra la ordenación del territorio

Destacamos, primero, la respuesta dada por la Audiencia, a la alegación de que los imputados son simples promotores de las construcciones, careciendo de la condición de profesionales de la construcción a la que se refiere la tipificación penal. “Esta tesis ya ha sido, dice el Tribunal, descartada por la gran mayoría de las Audiencias Provinciales y hoy también por el Tribunal Supremo, que en Sentencias de 26 de junio de 2001 y 14 de mayo de 2003, concluyen considerando sujetos activos de los delitos contemplados en el artículo 319 del C. Penal a los promotores o dueños de las construcciones ilegales.”

En cuanto a la existencia de otras muchas construcciones ilegales, la Audiencia afirma que:

“Será una circunstancia a tener en cuenta en orden a la medida de demolición y según los casos concretos, pero desde luego no excluye la tipicidad del hecho, ni aún sirve para justificar la alegación de existencia de error invencible. (...) Los imputados conocían perfectamente que las construcciones que realizaban precisaban de licencia, que esta no podía concederse por la calificación del terreno. De hecho tuvieron conocimiento de la orden de paralización, y ello, como ya hemos dicho anteriormente, por más que también se les autorizara verbalmente para agotar los materiales, y seguir construyendo, supone la comisión del delito previsto en el artículo 319.2 que se les imputa. La prueba acredita que los acusados tenían conocimiento de que construían en suelo no urbanizable una construcción no autorizable, y por tanto, debe estimarse su conducta como dolosa aun cuando desconocieran el alcance concreto de su acción ilegal, pues como dice la sentencia del TS de 22 de diciembre de 2006 ‘cosa distinta es lo que podríamos llamar un error sobre la impunidad, esto es la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Pero tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el artículo 14.3 del Código Penal.’”

Por todo ello, la Audiencia desestima el recurso en cuanto al delito contra la ordenación del territorio.

Audiencia Provincial de Las Palmas. No se cumplen las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*, en un caso en el que, en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa, se ha obtenido la reparación oportuna de un ayuntamiento por el traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer, y en el ámbito penal, en el que se acusa a personas físicas que tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral

Órgano: Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección Segunda. Jurisdicción penal. Recurso de apelación núm. 121/2008

Resolución: Auto 27/2009

Fecha: 19 de enero de 2009

Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Acosta González

Doctrina: No se cumplen las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*, en un caso en el que, en el ámbito administrativo, se ha obtenido la reparación oportuna por los daños físicos y morales derivados de la situación laboral a la que el recurrente fue sometido por su empleador, un ayuntamiento (su traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer), y en el ámbito penal, en el que se acusa a personas físicas que tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral; personas que no han sido ni mucho menos sancionadas en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora

Supuesto de hecho

Carlos Miguel inició un proceso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Telde, en el que le reclamaba el abono de una indemnización en compensación por los daños morales sufridos, a raíz de una situación de acoso laboral padecido durante varios meses, en los que fue objeto de diversos traslados, llegando a quedar aislado en una oficina en la que no tenía que realizar actividad laboral alguna. La sentencia dictada en dicho orden jurisdiccional condenó al Ayuntamiento a pagarle la cantidad de 12.000 euros, por los perjuicios morales y físicos ocasionados por la situación de acoso padecido.

Posteriormente, presentó una querrela que no fue admitida a trámite por auto de 24 de octubre de 2007, dictado por el Juzgado de Instrucción Número Uno de los de Telde, por infringir la querrela la prohibición de *non bis in idem*, que está implícita en el artículo 25 CE.

La querrela no admitida a trámite tenía por objeto dilucidar la posible comisión, por parte de diversos integrantes de la corporación municipal, de los presuntos delitos de coacciones y contra la integridad moral, al adoptar decisiones relacionadas con el desempeño de su actividad laboral en el Ayuntamiento y que, el querellante afirma, no eran más que represalias, consecuencia de una denuncia presentada en su día contra quien posteriormente sería primer teniente de alcalde y concejal de la citada institución.

Contra el auto de no admisión a trámite interpuso recurso de alzada, que fue estimado.

Fundamentos de derecho/doctrina

La Audiencia, para resolver el recurso planteado, analiza la causa invocada por la instructora para inadmitir a trámite la querrela: la infracción del principio *non bis in idem*. Para el Juez instructor, “los mismos hechos que sirven de base a la querrela fueron ya planteados ante la jurisdicción contencioso-administrativa y dieron lugar a la condena al Ayuntamiento de Telde a indemnizarlo en la cantidad de 12.000 euros por daños morales y físicos.”

1. La doctrina del Tribunal Constitucional

La Audiencia advierte que la doctrina del Tribunal Constitucional en diversos supuestos, como en el auto de 26 de abril de 2004, “(...) admite la posibilidad de la doble sanción –penal y administrativa– en los supuestos en que, en el seno de una relación de supremacía especial de la Administración con el sancionado, esté justificado el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración, potestad que, en ese caso, se basa, por lo tanto, en un fundamento distinto del genérico *ius puniendi* del Estado o en un interés distinto: el garantizar a través de la sanción que el servicio a los ciudadanos y a la sociedad se preste en condiciones adecuadas.

“(...) Esta dualidad sancionadora puede tener lugar mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, con independencia de su naturaleza penal o administrativa, en el seno de un único procedimiento (SSTC 159/1985, 94/1986, 154/1990, y 204/1996) o incluso gestarse en la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada. Evidentemente la situación de una dualidad de procesos penales.”

Respecto a la vulneración del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional ha reconocido que “(...) tal principio va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, recogidos principalmente en el artículo 25 CE, pero siempre que concede el amparo por su violación es por la existencia de dos pronunciamientos sancionadores o condenatorios ‘por una misma conducta integrada en un mismo ilícito’, pronunciamiento que se impone sobre el mismo sujeto (...)”

Para concluir la posición del Tribunal Constitucional se afirma que “(...)”, lo que está fuera de cualquier duda es la necesaria concurrencia de las identidades subjetiva, fáctica y de fundamentación que se han de exigir para apreciar la anterior infracción. Este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (por todas la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2003) de tal modo que la trasgresión del principio pasa por analizar la triple identidad.”

2. La doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del principio "(...) en la sentencia de 15 de febrero de 1997, que cita la de 23 de octubre de 1996, la compatibilidad de la jurisdicción penal y la contable; la de 24 de febrero de 1992 sobre licitud de sanción impuesta por el INSS a una empresa por incumplimiento de normas sobre seguridad en el trabajo y de la condena individualizada al ingeniero; la de 17 de febrero de 1992 que alude a la compatibilidad de sanciones por sus diferentes finalidades, naturaleza, objeto y competencia."

3. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 30 de julio de 1998 (asunto Oliveira), "(...) concluyó que no existe violación del artículo 4 del Protocolo núm. 7 (relativo al principio de que nadie puede ser condenado dos veces por la misma ofensa) cuando el acto único es constitutivo de varias ofensas."

4. La proyección sobre el caso enjuiciado

Para la Audiencia, en proceso penal que se inicia con la querrela no admitida a trámite, "(...) el fundamento de la pretensión no es la reparación del daño moral y físico sufrido a consecuencia de la situación personal que se le produjo a raíz de su traslado a otro puesto de trabajo en el que en realidad nada tenía que hacer; el fundamento del presente proceso es determinar si las decisiones adoptadas por los querrelados tenían como finalidad, únicamente, infligirle un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral dirigiéndose, de forma individualizada, no en relación con el Ayuntamiento, como empleador, sino contra las personas físicas que adoptaron decisiones que, según el querellante, no eran más que una especie de venganza por haber sido denunciados en su día."

El argumento que conlleva la estimación del recurso es el que sigue:

"En consecuencia entendemos que, ni mucho menos, estamos ante un caso en el que se cumplan las exigencias establecidas para apreciar la posible infracción del principio *non bis in idem*. En un caso, en el ámbito administrativo, se ha tratado de obtener la reparación oportuna por los daños físicos y morales derivados de la situación laboral a la que el entonces recurrente fue sometido por su empleador, el Ayuntamiento de Telde. En este caso, en el ámbito penal, lo que se afirma es que las decisiones adoptadas por diversos componentes de la corporación municipal, más allá del hecho de tener o no facultad o poder para ello, tenían como objetivo único el de restringir su libertad o bien infligirle un trato degradante menoscabando gravemente su integridad moral, de ahí que la querrela se dirija contra las personas, específicamente señaladas, que, presuntamente, con esa intención habían actuado y que, recordemos, no han sido ni mucho menos sancionadas, por lo menos no constan, en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, que es en lo que se basa la juez *a quo* para inadmitir la querrela."

Por tanto, el recurso es estimado, y la Audiencia ordena al instructor a dictar nueva resolución, con libertad de criterio, en la que o bien admita a trámite la querrela o bien disponga nuevamente su inadmisión por razones distintas a la infracción del principio de *non bis in idem*.