



BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064787

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 691/2019, de 11 de marzo de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 306/2018

SUMARIO:

Delitos contra la ordenación del territorio. Bien jurídico protegido. Principio de intervención mínima. Demolición de la obra.

Improcedencia del pronunciamiento absolutorio asentado en el carácter fragmentario del derecho penal y en la ausencia de un plus de degradación del territorio.

Condenado a un año de prisión por un delito contra la ordenación del territorio a un hombre que construyó una vivienda unifamiliar sin licencia en suelo no urbanizable de especial protección acordando también la demolición de la edificación y ordena la reposición del estado del terreno a la situación originaria a lo que literalmente obliga el artículo 109 del Código Penal.

El incumplimiento de las normas urbanísticas por parte de otros vecinos no agota el bien jurídico y la necesidad de su protección, y no exime al acusado de sus obligaciones y de su propia responsabilidad.

El comportamiento del acusado modificó de manera permanente los aprovechamientos del suelo, con alteración del uso previsto para el suelo rústico no urbanizable, modificándose en ese punto la configuración paisajística de la vega del río Guadalquivir; alterándose las necesidades de los servicios precisos para el paraje; modificando la intensidad de su uso hasta la que resulta inherente al nuevo destino que se atribuyó al terreno; lo que se potencia por la pluralidad de edificaciones en las que la edificación se integra.

Los hechos son por ello constitutivos del delito contra la ordenación del territorio que el Código Penal describe en el artículo 319.2, más allá de los suministros privados con los que cuenta su instalación; careciendo también de relevancia la tolerancia que parece querer esgrimirse al alegar que paga la contribución municipal inherente a la propiedad del terreno, pues ni ello elimina la antijuridicidad de quebrantar la normativa urbanística más elemental y primordial en orden a la distribución de los usos urbanísticos, ni puede eludirse que nuestro ordenamiento jurídico somete la autorización del uso del suelo no urbanizable a una doble autorización, autonómica y local.

La obra se ha realizado contrariando la regulación más esencial establecida para la ordenación de los usos del suelo y de los espacios verdes, no observándose motivos que justifiquen la consolidación de la promoción. Al estar la obra está completamente fuera de la ordenación, no son legalizables o subsanables. Por regla general la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables; o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la Administración; y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 109, 110, 111, 112 y 319.

PONENTE:

Don Pablo Llarena Conde.

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE



Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA
Doña ANA MARIA FERRER GARCIA
Don PABLO LLARENA CONDE

RECURSO CASACION núm.: 306/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 691/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación 306/2018 interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2017 por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, en el Recurso de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1423/2017, en el que se desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de 21 de septiembre de 2017, dictada en la causa Juicio Oral n.º 62/2017, por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de los de Córdoba, que absolvió a Samuel del delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 y 3 del Código Penal, por el que fue acusado. Ha sido parte recurrida Samuel, representado por la procuradora doña Beatriz Cosano Santiago bajo la dirección letrada de doña Inmaculada Concepción Moreno Aguilar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción n.º 7 de los de Córdoba incoó Procedimiento Abreviado n.º 101/2016 por un delito contra la ordenación del territorio contra Samuel, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal n.º 5 de los de Córdoba. Incoado el Juicio Oral 62/2017, con fecha 21 de septiembre de 2017 dictó sentencia n.º 348/2017 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Resultan probados, y así expresamente se declaran, los siguientes

ÚNICO. El hoy acusado D. Samuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, llevó a cabo a lo largo del año 2012 la construcción sin licencia de una edificación de unos 24 metros en el paraje denominado "DIRECCION000", CALLE000, NUM000 parcela de la ciudad de Córdoba, habiendo añadido con posterioridad y



antes del día 5 de Julio de 2017 otro cuerpo a dicha edificación siendo ésta una edificación tipo vivienda unifamiliar de unos 100 metros cuadrados aproximadamente y porche de unos 15 metros cuadrados aproximadamente, y cubierta de chapa tipo sándwich, existiendo en la zona, que está catalogada como suelo no urbanizable de especial protección por Planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir otras tantas viviendas construidas de diversa tipología".

Segundo.

El Juzgado Penal de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

" FALLO

QUE DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a D. Samuel, del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusado en la presente causa, declarando de oficio las costas procesales.

La presente Sentencia no es firme y contra la misma cabe interponer Recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Córdoba, dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a aquel en que se les hubiere notificado, en la forma establecida en el art. 790 de la LECrim.

Firme que sea la presente sentencia, remítase copia de la misma a la Gerencia Municipal de Urbanismo de Córdoba a los efectos procedentes en el ámbito de sus competencias y en relación con el expediente administrativo incoado.

Así, por esta mi Sentencia definitiva, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, lo pronuncio, mando y firmo".

Tercero.

Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra la indicada sentencia, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba que conoció del recurso, dictó sentencia el 14 de diciembre de 2017 en el Recurso de Apelación 1423/2017 con el siguiente FALLO:

"Que debemos desestimar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017 dictada en el Juicio Oral nº 62/17 y en consecuencia, debemos confirmar íntegramente la misma, sin hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes y verificado expídase testimonio de la misma junto con los autos originales al Juzgado de procedencia para su cumplimiento y ejecución.".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes por la Audiencia Provincial, El Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso formalizado por el Ministerio Fiscal, se basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

ÚNICO. Por infracción de ley al amparo del n.º 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 319.2 y 3 del Código Penal.

Quinto.

Instruido Samuel del recurso interpuesto, en escrito con entrada el 6 de marzo de 2018 solicitó la inadmisión e impugnó de fondo el motivo del recurso e interesó su desestimación. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el



señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de diciembre de 2019 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el Procedimiento Abreviado 62/2017, de los del Juzgado de lo Penal n.º 5 de Córdoba, el Ministerio Fiscal interesó que se condenara a Samuel como autor de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.2 y 319.3 del Código Penal, interesando que se le impusieran las penas de: prisión por tiempo de 1 año y 6 meses; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa de 20 meses en cuota diaria de 12 euros; e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con la promoción o construcción de viviendas por tiempo de 3 años. La acusación pública solicitó también la restauración del terreno promovido a su estado originario, reclamando así que se condenara al acusado a la demolición de lo ilegalmente construido o, subsidiariamente, que se procediera a la demolición su costa.

La pretensión acusatoria fue desestimada por el órgano de enjuiciamiento que, en sentencia de 21 de septiembre de 2017, declaró probado que Samuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, llevó a cabo a lo largo del año 2012 la construcción sin licencia de una edificación de unos 24 metros en el paraje denominado "DIRECCION000", CALLE000, parcela NUM000.º, de la ciudad de Córdoba, habiendo añadido con posterioridad, y antes del día 5 de julio de 2017, otro cuerpo a dicha edificación, de manera que la construcción resultante era una vivienda unifamiliar de unos 100 metros cuadrados aproximadamente, con porche de unos 15 metros cuadrados. Declaraba también probado que la construcción se realizó en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la subcategoría Vega del Río Guadalquivir, si bien en la zona existían otras tantas (sic) viviendas construidas de diversa tipología.

Consideraba la juzgadora que, pese a haberse realizado la construcción en suelo no urbanizable de especial protección, e integrarse por ello la conducta en el tipo objetivo del artículo 319.2 del Código Penal, el comportamiento del acusado no afectaba al bien jurídico protegido por la norma penal invocada por la acusación, pues la edificación no era una construcción aislada sino que coexistía con otras, en un terreno parcelado, y pagando por ella el correspondiente impuesto de bienes inmuebles. Atendiendo al carácter fragmentario del derecho penal y destacando que su protección no alcanza a todos los bienes jurídicos, sino solo a aquellos que son más importantes para la convivencia social y únicamente respecto de las conductas que los ataquen de una manera intolerable, concluía que los hechos no estaban abarcados en el tipo penal del artículo 319 del Código Penal, sin perjuicio de que la protección de la normativa urbanística pudiera impulsarse administrativamente desde la Gerencia Municipal de Urbanismo.

La sentencia fue recurrida en apelación por el Ministerio Fiscal que, entre otros motivos, sustentaba la indebida inaplicación del artículo 319.2 y 319.3 del Código Penal. Pretensión acusatoria que fue desestimada, expresando la sentencia de apelación que ahora se impugna que el delito contemplado no presta amparo al valor formal o instrumental de la normativa urbanística, sino a su valor material de ordenación del territorio en el sentido constitucional de "utilización racional del suelo orientada a los intereses generales", considerando que no podía entenderse concurrente dicha afectación si la nueva construcción no comportaba un plus de degradación del territorio, del suelo, de los recursos naturales o del paisaje, o una utilización completamente irracional del territorio, lo que no era apreciable en un supuesto en el que -a la vista de las fotografías obrantes a los folios 16, 17 y reverso del folio 116- existían múltiples edificaciones en el mismo paraje, vinculadas todas ellas a través de una asociación de propietarios de inmuebles de dicho polígono, y siendo como era que el asentamiento se evidenciaba tolerado desde el momento en que los propietarios pagaban el impuesto de bienes inmuebles al Ayuntamiento, así como los suministros de luz y agua que percibían.

Frente a esta resolución, el Ministerio Fiscal formaliza su recurso de casación por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM, al entender indebidamente inaplicado el artículo 319.2 y 3 del Código Penal. Entiende el Ministerio Público que el hecho declarado probado es subsumible en el artículo 319.2 del Código Penal y considera que la argumentación expuesta en la sentencia, base del sentido desestimatorio del recurso que preside su parte dispositiva, no es suficiente para negar el carácter delictivo de la conducta, considerándola además contraria a la doctrina sostenida por la Sala de Casación. Sostiene que el relato histórico de la sentencia no recoge ninguna alusión al hecho negativo de que la construcción impulsada por el acusado no haya comportado un plus de degradación del territorio en el que se asienta, negando que pueda sustentarse la



conclusión en la existencia en el mismo paraje de otras edificaciones igualmente ilegales. Y argumenta además que el principio de intervención mínima se orienta al legislador, sin que modifique en absoluto al principio de tipicidad. Con todo ello, solicita la nulidad de la absolución dictada, reclamando que se condene al acusado en los términos interesados en su día ante el Juez de lo Penal.

Por su parte, la defensa del acusado impugna el recurso expresando no solo que actuó en la falsa creencia de que construía de forma legal y que la construcción abordada resultaría autorizable, sino que la aplicación del tipo penal debatido pasa por una gravedad y dolo del hecho que deben reflejarse en un plus de degradación del territorio, del suelo, de los recursos naturales o del paisaje, o en una utilización completamente irracional del territorio, de modo que se desvíe de la utilización racional del suelo que marcan los intereses generales.

Segundo.

Es reiterada la proclamación de esta Sala que el recurso de casación, cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECRIM, ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objetivo exclusivo es el enfoque jurídico que, a unos hechos dados ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Dentro de los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo, contemplados en el Capítulo I, del Título XVI, del Libro II del Código Penal, el número 2 del artículo 319 dispone que: " Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable".

Esta Sala ya dijo en la STS de 18 de enero de 1994, y recordaba también en las SSTS 935/03, de 26 de junio o 529/2012, de 21 de junio, entre otras, que "La disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la Administración. En el urbanismo se encierra, nada más y nada menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y, como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellos viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tienen que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al " hábitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. En el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan. Generalizado el incumplimiento, es difícil saber a dónde se puede llegar".

Como reflejábamos ya en aquellas palabras, el rigor de la exigencia de respeto a la normativa urbanística deriva de la especial importancia del bien jurídico que el tipo penal protege, el cual se recoge en la misma rúbrica del Código Penal que enmarca el delito, si bien se complementa con la finalidad constitucional a la que aspira.

La necesidad de protección no se proyecta sobre la normativa urbanística como elemento formal o meramente instrumental para la ordenación constructiva de las edificaciones e instalaciones artificiales que se integran en el espacio natural, sino que lo hace sobre el valor constitucional que orienta la ordenación del territorio que se aborda en la norma, esto es, la protección de una regulación que se modula para suministrar a la sociedad una " utilización racional del suelo orientada a los intereses generales" (arts. 45 y 47 CE). Se trata así -como también reflejaba la STS 363/2006, de 28 de marzo- de prestar amparo penal a un bien jurídico comunitario de los denominados " intereses difusos", para los que no existe un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. De este modo, la protección se inscribe en el fenómeno general de reforzar con un reproche penal a concretos intereses supraindividuales o colectivos, respondiendo así a la



exigencia de que los poderes públicos tutelen de manera finalmente efectiva estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Tercero.

Es también reiterada la proclamación de la Sala de que el principio de intervención mínima comporta que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. La apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, como consecuencia misma de los principios de proporcionalidad o de prohibición del exceso. Se convierte así el derecho penal en un derecho fragmentario, en cuanto que no protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose además la tutela frente a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a los bienes que son objeto de protección.

Pero si el principio de intervención mínima orienta al legislador a la hora de ordenar los instrumentos de protección de los distintos bienes jurídicos, es el principio de legalidad el que rige la actuación de jueces y tribunales (SSTs. 670/2006 de 21 de junio y 313/2006 de 28 de marzo). Orientado el legislador por el principio de fragmentariedad del derecho penal, solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza, sin que sea dable incorporar a la tarea exegética, ni la interpretación extensiva, ni menos aun, la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal.

El principio de legalidad supone excluir aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal, con la única influencia por parte del principio de intervención mínima de que solo en aquellos casos en los que los términos del legislador no fueron claros, el principio legislativo se transforma en un criterio judicial de interpretación, al conocer el juez que la opción normativa del legislador hubo de ser la de menor expansividad penal, de entre las distintas opciones que posibiliten la protección penal que inspiró la norma.

Consecuentemente una cosa es que el principio de intervención mínima presuponga que solo se castiguen las conductas más graves de quebranto de la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio, y otra completamente distinta es que la interpretación del artículo 319 haya de hacerse excluyendo de ámbito de aplicación comportamientos que cumplen con claridad los elementos constitutivos que el propio legislador contempló como definitorios de la actuación del derecho punitivo, pues es al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del sistema penal. El artículo 45.3 de la CE refleja que la ley establecerá "sanciones penales o, en su caso, administrativas" para quienes violen el disfrute colectivo del medio ambiente y la utilización racional de los recursos naturales, reflejando una actuación punitiva que no se configura como accesoria y subsidiaria al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra la ordenación del territorio presuponga que sea grave la alteración de los criterios fijados para la ordenación urbanística y otra, completamente distinta, que no deban subsumirse en el tipo penal comportamientos que cumplen los elementos constitutivos establecidos por el legislador, bajo la evanescente consideración de que son también susceptibles de sancionarse de manera más limitada desde la consideración del reglamento sancionador administrativo.

Cuarto.

Imbricado con el principio de intervención mínima, la sentencia impugnada apela a ciertas circunstancias que entiende justificativas de la inoperatividad del tipo penal en el caso concreto. Expresa así que la acción enjuiciada no ha comportado un plus de degradación del territorio, en la medida en que el edificio promovido por el acusado coexiste con muchos otros que han sido levantados en el mismo paraje de suelo rústico.

Dado que entre los elementos constitutivos del tipo penal no se exige que la agresión al bien jurídico se materialice en un resultado lesivo de una gravedad marcada o específica, y precisamente por la invocación que se hace al principio de intervención mínima, lo que parece sustentar el pronunciamiento absolutorio es que la acción del acusado presentó una mínima lesividad del bien jurídico que, contemplada desde el plano de la antijuridicidad material, llevaría a rechazar la punición de su comportamiento. Un planteamiento que no resulta válido: de un lado, porque el bien jurídicamente protegido y que resultó agredido, por el específico contenido que se ha expresado, persiste pese a la realidad de otros ataques; de otro, porque la sentencia de instancia aprecia la insignificancia de los hechos atribuidos al acusado, no desde su aportación intrínseca a la transgresión de la norma, sino desde el



deterioro urbanístico que constata, todo unido a que considera, de manera ciertamente singular, que la acción del recurrente, por más que haya contribuido de modo relevante al daño que el tipo penal trata de prevenir, no merece reproche porque confluye con otros ataques de la misma entidad que, de no haber existido la concreta infracción que se enjuicia, habrían provocado un deterioro del orden urbanístico semejante al que ahora se aprecia.

Es evidente que el incumplimiento de las normas urbanísticas por parte de otros vecinos no agota el bien jurídico y la necesidad de su protección, como no exime al acusado de sus obligaciones y de su propia responsabilidad. Con ello, los hechos probados de la sentencia de instancia -que en modo alguno prestan soporte al alegato de la defensa de que actuara creyendo obrar de manera legítima- lo que sí que proclaman es que el acusado construyó una edificación de unos 24 metros en un paraje denominado " DIRECCION000", al que añadió con posterioridad otro cuerpo, de modo tal que llegó a edificar una vivienda unifamiliar de 100 m2 y 15 m2 de porche. Expresan además que la construcción se hizo sin licencia, y añaden que el suelo tiene la catalogación de suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial urbanística en la subcategoría Vega del Río Guadalquivir, de modo que su contenido urbanístico legal, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, excluye la edificación de viviendas.

No expresa la impugnación al recurso en qué medida la planificación podría llevar a la autorización de la vivienda promovida. En todo caso, el término " no autorizable" significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, tal y como aquí acontece. Pretender que el contenido semántico de la expresión " no autorizable", permite sostener la atipicidad de los hechos cuando exista una posibilidad de autorización potencial y remota de la edificación, no es acogible. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o a que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso administrativa por falta de ejercicio de la acción o por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término " no autorizable" hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización (STS 73/2018, de 13 de enero).

Se muestra así que el comportamiento del acusado modificó de manera permanente los aprovechamientos del suelo, con alteración del uso previsto para el suelo rústico no urbanizable, modificándose en ese punto la configuración paisajística de la vega del río Guadalquivir; alterándose las necesidades de los servicios precisos para el paraje; y modificando la intensidad de su uso hasta la que resulta inherente al nuevo destino que se atribuyó al terreno; lo que se potencia por la pluralidad de edificaciones en las que la edificación se integra.

Los hechos son por ello constitutivos del delito contra la ordenación del territorio que el Código Penal describe en el artículo 319.2, más allá de que el acusado pueda abonar, lógicamente, los suministros privados con los que cuenta su instalación; careciendo también de relevancia la tolerancia que parece querer esgrimirse al alegar que paga la contribución municipal inherente a la propiedad del terreno, pues ni ello elimina la antijuridicidad de quebrantar la normativa urbanística más elemental y primordial en orden a la distribución de los usos urbanísticos, ni puede eludirse que nuestro ordenamiento jurídico somete la autorización del uso del suelo no urbanizable a una doble autorización, autonómica y local.

Quinto.

Reclama también el recurso la aplicación del artículo 319.3 del Código Penal, en el sentido de acordarse la demolición de la obra.

El art. 319.3 del CP señala que " En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas. En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar".

Esta Sala ya se ha pronunciado con anterioridad acerca del significado de la demolición como expresión de la responsabilidad civil derivada del delito. La prescripción del art. 319.3.º del CP -decíamos en la STS 901/2012, 22 de noviembre y en la STS 443/2013, de 22 de mayo-, se inscribe en el contexto normativo de las



responsabilidades civiles derivadas del delito, sin pérdida de esa naturaleza original; como resulta del doble dato de que las mismas son renunciables y tienen un carácter ultrapersonal, que permite que en las exigencias de reparación puedan operar mecanismos de subsidiariedad que en el plano estrictamente penal serían ciertamente inconcebibles. En este sentido, es claro, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con el art. 109 y ss del Código Penal relativos a la reparación del daño, susceptible de producirse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. La reparación del daño ocasionado por el delito, según resulta de los arts. 109, 110 y 112 Código Penal, está prevista con carácter general. Algo plenamente dotado de sentido, ya que, de otro modo, la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley.

Así las cosas, la reparación del daño, ahora en la forma de demolición de la construcción no autorizada, será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 Código Penal. Por eso, el art. 319.3.º del Código Penal no podría hacer meramente facultativo u opcional lo que tiene ese carácter necesario. De este modo, lo que resulta de una adecuada comprensión sistemática de aquella primera disposición y de las con ella concordantes en relación con esta última, es un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal, a tenor de las particularidades del caso concreto, con un criterio de proporcionalidad. Es la única inteligencia razonable de la interacción de ambos vectores normativos, dirigida, tanto a evitar la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho, como la desmesura en las consecuencias representada, por ejemplo, por un eventual grave perjuicio para una colectividad, por la aplicación a ultranza del imperativo de que se trata en cualesquiera circunstancias.

Según la doctrina mayoritaria la demolición implica la restauración del orden jurídico conculcado y, en el ámbito de la política criminal, es una medida disuasoria de llevar a cabo construcciones ilegales que atenten contra la legalidad urbanística. No se trata de una pena al no estar recogida en el catálogo de penas que contempla el CP. Esta consideración de la demolición como consecuencia jurídica del delito permite dejar la misma sin efecto si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria, por lo que la posibilidad de una futura legalización no obsta a su ordenación en el ámbito penal.

Destacábamos también en la STS 443/2013, de 22 de mayo, que el texto literal del apartado 3 del art. 319 en el que se dice que los jueces y tribunales "podrán" acordar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, ha hecho surgir dudas y respuestas discrepantes. Existen órganos judiciales que consideran que la expresión "podrán", lo que abre es una facultad excepcional, una posibilidad que además exige de una motivación específica, lo que redundaría no solo en ese carácter discrecional sino incluso en lo excepcional de la adopción de la medida. Sin embargo, ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad con excepcionalidad.

En efecto, es cierto que el precepto que analizamos establece la demolición de forma no imperativa. El "en cualquier caso ..." con el que se inicia la redacción del artículo puesto en relación con la elección del verbo escogido en el predicado "- podrán"- solo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona "en cualquier caso" se está refiriendo a que, tanto en los supuestos a los que se refiere el núm. 1.º del precepto como en los del núm. 2.º, cabe la posibilidad de la demolición. Esto es, con independencia de las calificaciones de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones cabe la posibilidad de acordarla, siempre motivadamente. Pero si el texto insiste en exigir lo que de por sí es mandato constitucional de cualquier decisión judicial, esto es, que se motive, lo hace porque estima que el automatismo no cabe en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito; pero no puede sostenerse que solo cuando concurra una especial motivación podrá acordarse la demolición, bastando recordar para ello, que aunque no lo diga la norma expresamente, es obvio que el tribunal penal deberá también motivar cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido, por alguna de las partes legítimas en el proceso.

Por ello, como quiera que el art. 319.3 no señala criterio alguno, en la práctica se tienen en cuenta: la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el daño que causaría al infractor, en caso de implicarse solo intereses económicos o de verse afectados derechos fundamentales, como el uso de la vivienda propia; la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas; etc...

Por regla general la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción de la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables; o en aquellos supuestos en que haya existido una voluntad rebelde del sujeto activo del delito a las órdenes o requerimientos de la



Administración; y, en todo caso, cuando al delito contra la ordenación del territorio se añada un delito de desobediencia a la autoridad administrativa o judicial.

De este modo, en principio podría estimarse bastante y suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la persistencia o permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado, pudiendo admitirse como excepciones las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa, y aquellas otras en que ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción, esto en atención al tiempo que puede haber transcurrido entre la comisión del delito y la emisión de la sentencia firme.

De conformidad con todo ello, no se aprecian en este caso razones excepcionales que justifiquen el mantenimiento de la obra ilegalmente impulsada. Como se ha dicho, la obra se ha realizado contrariando la regulación más esencial establecida para la ordenación de los usos del suelo y de los espacios verdes, no observándose motivos que justifiquen la consolidación de la promoción, sino del restablecimiento de la configuración inicialmente prevista, sin que para ello sea objeción la existencia de otras obras ilegales, no solo porque el principio de igualdad ante la ley no presta cobertura a la pretensión de igualarse en la ilegalidad en que otros pueden encontrarse (SSTC 51/1985; 40/1989; 21/1992; 157/1996; 27/2001 o 181/2006, entre otras), sino porque el principio de legalidad terminará por reconducir la plenitud de la configuración urbanística de los terrenos afectados a la realidad prevista para beneficio del colectivo social y no de los propietarios que ha impulsado aprovechamientos individuales no autorizados.

Sexto.

Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Estimar el recurso que por infracción de ley formula el Ministerio Fiscal, en el sentido de entender que la sentencia impugnada, a partir de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y admitidos en apelación, inaplica indebidamente los artículos 319.2 y 319.3 del Código Penal. En su consecuencia, casamos la sentencia dictada en el Recurso de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1423/2017 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, en el sentido de declarar la indebida desestimación del recurso de apelación formulado en su día por el Ministerio Fiscal contra la sentencia por la que el Juzgado de lo Penal n.º 5 de los de Córdoba, absolvía al acusado Samuel del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusado en el procedimiento Juicio Oral 62/2017 de los de dicho juzgado.

Se declaran de oficio de las costas derivadas de su recurso.

Comuníquese esta sentencia y la que seguidamente se dicta a la mencionada Audiencia Provincial a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 306/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
En Madrid, a 11 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto la causa Recurso de Apelación Sentencias Procedimiento Abreviado 1423/2017, seguida por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Segunda, para la resolución del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada el día 21 de septiembre de 2017 por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de los de Córdoba, en el Procedimiento Juicio Oral 62/2017, dimanante de las Diligencias Previas 792/2016 instruidas por el Juzgado de Instrucción n.º 7 de Córdoba, por un delito contra la ordenación del territorio, contra Samuel, nacido el NUM001 de 1986 en Córdoba, hijo de Encarna y de Pascual, con DNI número NUM002, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia el 14 de diciembre de 2017, que ha sido recurrida en casación, y ha sido casada y anulada por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia rescindente estimó el recurso de casación que, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECRIM, formuló el Ministerio Fiscal contra la sentencia n.º 517/2017 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba el 14 de diciembre de 2017, en la que se había denegado el recurso de apelación contra la absolución de Samuel, dictada por el Juzgado de lo Penal n.º 5 de Córdoba en su sentencia 348/2017 de 21 de septiembre de 2017, en el Juicio Oral 62/2017. Consecuentemente, por las razones que en nuestra primera sentencia exponemos, procede condenar a Samuel como autor de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.2 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de: prisión por tiempo de 1 año; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa por tiempo de 12 meses, en cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con la promoción o construcción de viviendas por tiempo de 1 año; todo ello entendiendo que por las particulares circunstancias concurrentes, su comportamiento se encuentra suficientemente penado con la mínima extensión de las penas legalmente previstas.

En consideración a las razones expresadas al fundamento quinto de la sentencia rescindente, se acuerda además la demolición de la edificación a que este procedimiento se refiere, ordenando la reposición del estado del terreno a la situación originaria adecuada a los usos urbanísticos del terreno, lo que se hará a costa del condenado en lo que éste lo no ejecute adecuadamente por sí.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que declarando la nulidad del pronunciamiento contenido en sentencia dictada el 14 de diciembre de 2017, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba, en su Rollo Apelación 1423/2017, debemos condenar y condenamos a Samuel como autor de un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en los artículos 319.2 y 3 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de: prisión por tiempo de 1 año; inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; multa por tiempo de 12 meses, en cuota diaria de 10 euros e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con la promoción o construcción de viviendas por tiempo de 1 año; todo ello entendiendo que por las particulares circunstancias concurrentes, su comportamiento se encuentra suficientemente penado con la mínima extensión de las penas legalmente previstas.

Se acuerda además la demolición de la edificación a que este procedimiento se refiere, ordenando la reposición del estado del terreno a la situación originaria adecuada a los usos urbanísticos del terreno, lo que se hará a costa del condenado en lo que éste lo no ejecute adecuadamente por sí.

Todo ello manteniéndose en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar
Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
Antonio del Moral García Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.