

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066645

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 414/2023, de 31 de mayo de 2023

Sala de lo Penal

Rec. n.º 3901/2021

### SUMARIO:

#### **De los delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo. Bien jurídico protegido. Elementos del tipo. Ley penal en blanco.**

El bien jurídico protegido por el artículo 319.2º CP (Delitos contra la ordenación del territorio) no es la normativa urbanística en sí misma considerada, sino el valor material de la ordenación del territorio. Entendida como garantía de una expectativa de utilización racional de un recurso natural limitado como es el suelo, orientada a optimizar, además, los intereses generales, tal como compele el artículo 45 CE.

Por tanto, la lesividad penalmente relevante de la conducta constructiva no se mide, solo, por la correspondencia entre lo edificado y las condiciones normativas para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización -la licencia o la norma- son, *prima facie*, reparables y sancionables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del artículo 319 CP no pasa, necesariamente, por la sanción penal.

Lo que se castiga penalmente son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo, qué, dónde o por quién se construye infringen de forma nuclear las condiciones que garantizan, mediante la ordenación urbanística, el acceso y el uso racional del suelo de manera controlada, transparente, igualitaria y respetuosa con los fines de preservación de determinados espacios por sus especiales características o valores paisajísticos.

El grado de lesión del bien jurídico, es lo que impide que lo edificado, atendidas las normas vigentes al momento de ejecución, pueda ser autorizable. Mediante el delito del artículo 319.2 CP se castigan aquellas actuaciones edificativas que infringen las condiciones de ordenación urbanística vigentes hasta un punto tal en que la propia normativa administrativa, aun partiendo de los estándares de interpretación más flexibles y favorables, no permite sanar o reducir a límites tolerables el grado de antijuricidad, de confrontación con los valores e intereses colectivos que protege. ¿Cuándo cabe considerar que una edificación *no es autorizable*?.

La condición de *no autorizable* debe analizarse en función de las características de la obra al tiempo de su ejecución y de la normativa urbanística aplicable en ese momento. La posterior modificación de la norma no entraña que puedan también modificarse «ex post» las condiciones de producción de lo ya edificado, convirtiéndolo, con efectos «ex tunc», en autorizable y, con ello, en atípico.

Dado el componente extrapenal del tipo, como ley penal en blanco, cabe aceptar que, si se producen posteriores modificaciones normativas de las condiciones de autorización que hicieran al hecho constructivo inocuo a efectos típicos, se daría una suerte de efecto retroactivo del contenido «normativo extrapenal» del tipo a favor de reo.

### PRECEPTOS:

LO 10/1995 (CP), art. 319.2.

Constitución española, art. 45.

### PONENTE:

Don Javier Hernández García.

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
Don PABLO LLARENA CONDE  
Don SUSANA POLO GARCIA  
Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 414/2023

Fecha de sentencia: 31/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3901/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife. Sección Sexta

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3901/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 414/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 31 de mayo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 3901/2021, interpuesto por D. Fructuoso representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Mercedes Tamayo Torrejón, bajo la dirección letrada de D<sup>a</sup>. María Yurena Carrillo Ramos contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 12/2021 de fecha 22 de enero de 2021 dictada por el Juzgado de lo Penal num. 7 de Santa Cruz de La Palma en la causa PA 320/2019.

Interviene el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Los Llanos de Aridane incoó P.A. núm. 989/2018 por delito contra la ordenación del territorio, contra Fructuoso y Dña. Reyes; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 7 de Santa Cruz de La Palma, (P.A. núm.320/2019) quien dictó Sentencia en fecha 22 de enero de 2021 que contiene los siguientes hechos probados:

"Se considera probado y así se declara que, el acusado, D. Fructuoso, mayor de edad, nacido en Leningrado, Rusia, el NUM000 de 1977, con NIE n° NUM001 y sin antecedentes penales, en su condición de propietario, a partir del mes de septiembre de 2015 construyó sin título habilitante alguno edificación no autorizable ni legalizable en el BARRIO000 del término municipal de Garafía en la parcela catastral NUM002, polígono NUM003, en las coordenadas geográficas UTM X:211055 Y:3191180. Dicha edificación consistió en una edificación de madera de tipología y uso residencial de 25 metros cuadrados de nueva planta y base rectangular con porche cubierto de 15 metros cuadrados sobre pilares que penetran en el suelo.

Dicha edificación no resultaba legalizable ni autorizable al asentarse en suelo clasificado y categorizado como Suelo Rústico de Protección Paisajística, (SUELO RUSTICO PROTEGIDO 2 PAISAJISTICO S.R.P.2P) en zona de interés agrícola de medianías, con incumplimiento de las Normas Subsidiarias de Planeamiento vigentes del municipio de Garafía aprobadas por Acuerdo de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Canarias (CUMAC) de 25 de marzo de 1999 (BOP n.º 81 de fecha 5 de julio), y resultar incompatible con los usos establecidos en el Plan insular de Ordenación de la Isla de La Palma aprobado por Decreto 71/2011 de 11 de marzo, y no compatible con la Ley 4/2017 de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias, resultando detectada la edificación ilegal el 29 de mayo de 2018 por agentes de la Guardia Civil del Seprona.

No obstante, dichas Normas Subsidiarias fueron sustituidas por el PGOU de Garafía, aprobado definitivamente el 6 de mayo de 2019, y publicado en el BOC núm. 106/2019, de 5 de junio. Según este nuevo PGOU, el terreno sobre el que se asienta la edificación de referencia tiene la calificación de Suelo Rústico de Protección Agraria (RPA) y la edificación referida podría ser legalizable como cuarto de aperos si se cumplieran una serie de requisitos, entre los que destaca, principalmente, la eliminación de la pérgola adosada al mismo, y el cerramiento de una de las dos puertas y una de las dos ventanas con que cuenta la edificación. A tal fin, D. Fructuoso ha presentado proyecto y solicitado licencia de "legalización y adecuación a normativa urbanística de cuarto de aperos" el 26 de octubre de 2020, que fue informado favorablemente y respecto del que se dictó resolución de la Alcaldía-Presidencia del Ayuntamiento de Garafía de 1 de diciembre de 2020 otorgando licencia para la realización de esa legalización y adecuación a la normativa de la edificación realizada.

No se considera probado que Dña. Reyes, mayor de edad, nacida en Simferopol, Ucrania, el NUM004 de 1984 con NIE n.º NUM005 y sin antecedentes penales, tuviera participación alguna en estos hechos en la forma que se ha descrito."

### Segundo.

Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debo ABSOLVER COMO ABSUELVO a D. Fructuoso y Dña. Reyes del delito de que venían siendo acusados, con declaración de las costas de oficio.

Una vez firme esta resolución, ofíciase a la Agencia Canaria de Protección del Medio Natural a fin de poner en su conocimiento el resultado de este proceso y, en su caso, puedan adoptarse las medidas sancionadoras oportunas si estos hechos fueren constitutivos de una infracción administrativa.

Queden sin efecto las medidas cautelares que hayan podido adoptarse en el transcurso de este proceso. Líbrense los despachos necesarios y notifíquese a los registros oportunos a tal efecto.

Notifíquese en debida forma esta resolución a las partes con sujeción a lo dispuesto en el Art. 248-4 de la L.O.P.J. previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de diez días ante la Ilma. Audiencia Provincial y, caso de que el juicio se haya seguido en ausencia conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 793 de la L.E.Crim. procédase a notificar la presente al condenado conforme a lo previsto en el art. 797 de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal."

### Tercero.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; dictándose sentencia por Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección sexta) en fecha 17 de mayo de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 407/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que estimando el Recurso de Apelación interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de Lo Penal nº 7 de esta provincia, con sede en Santa Cruz de La Palma, la cual, entre otros, absolvía a Fructuoso del delito contra la ordenación del territorio del que él le acusaba, procede dejar sin efecto dicho pronunciamiento absolutorio y condenarle como autor de tal ilícito penal, sin que concurra en su persona ninguna circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EL DERECHO DE SUFRAGIO DURANTE EL TIEMPO DE LA CONDENA, MULTA DE DOCE MESES (12), A RAZÓN DE CINCO euros diario (5€), con una día de arresto sustitutorio por cada dos cuotas impagadas en caso de impago previa acreditación de insolvencia y al pago de la mitad de la costas procesales de la primera instancia, con declaración de oficio de las de esta alzada.

Contra esta Sentencia cabe recurso de casación por infracción de ley conforme al art. 792.4, 847.1.2º b) y 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que deberá prepararse en cinco días ante este tribunal para ante el Tribunal Supremo en los términos de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Cuando, dados los hechos que se declaran probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal. Este recurso, según el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 9 de junio de 2016, debe indicar en qué medida la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencia! contradictoria de las Audiencias Provinciales con indicación de cuál o cuáles son las sentencias anteriores de las que derivan estos extremos o señalar qué norma, que no llevar más de cinco años en vigor, es aplicada al supuesto de autos y deba ser interpretada por el Tribunal Supremo."

## Cuarto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Fructuoso 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.

## Quinto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución, toda vez que la Sentencia de segunda instancia modifica el fallo de la sentencia de origen, que conforme a Derecho, había determinado la libre absolución, y lo hace introducción una interpretación de la prueba desconectada de la normativa y de la práctica de la misma, por cuanto, la prueba planteada en la instrucción y practicada en la vista oral lo que ha acreditado es la inexistencia de tipo penal (sic).

Motivo segundo.- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos 2.2, 5 y 319 del Código Penal, en este sentido, no hay ni un solo hecho relacionado con la prueba que acredite el resultado o soporte esta resolución judicial con condena a mi representado.

Motivo tercero.- Quebrantamiento de forma al amparo del número 1º y 2º del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la forma de la resolución judicial.

Motivo cuarto.- Quebrantamiento de forma al amparo del número 1º y 2º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, apartados 1, 2 y 3 en relación con el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la forma de la resolución judicial.

## Sexto.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión del recurso, impugnándolo subsidiariamente. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

## Séptimo.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 30 de mayo de 2023.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### CUESTIÓN PREVIA: ADMISIBILIDAD DEL RECURSO Y DELIMITACIÓN DE SU OBJETO

**1.** La representación del Sr. Fructuoso interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación, al amparo del artículo 847.1 b) LECrim, que pretende fundar sobre cuatro motivos. Con un cierto desorden expositivo, y en términos muy fragmentarios, denuncia variados gravámenes que van desde la vulneración de la tutela judicial efectiva, quebrantamiento de forma, error de valoración probatoria hasta la infracción de ley.

**2.** Pues bien, debe recordarse, con carácter previo, que el recurso previsto en el artículo 847.1º b) LECrim, limita el espectro de la revisión casacional al motivo por infracción de ley del artículo 849.1º LECrim. Cuyo alcance, como precisábamos en la STS 85/2022, de 9 de marzo, " contempla exclusivamente las normas que definen los tipos penales u otras disposiciones normativas llamadas a conformar una conducta delictiva (así acontece con las llamadas normas penales en blanco o con aquellas otras disposiciones que fundamentan la presunta vulneración de un precepto contenido en el Código Penal o en una ley especial de dicha naturaleza). Cuando se alude a otra norma del mismo carácter no se piensa en normas penales, sino en normas sustantivas. Quedan así excluidas las disposiciones de carácter procesal".

Este recurso no puede, por tanto, utilizarse para otros fines reparadores distintos que los de procurar la adecuada aplicación de la norma penal sustantiva. Si la parte considera que subsiste a la respuesta de segunda instancia un gravamen que no pueda considerarse acogido por el motivo casacional del artículo 849.1º LECrim, deberá pretender su reparación, si tiene naturaleza constitucional, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En estos supuestos, la vía jurisdiccional de los recursos está agotada.

En lógica consecuencia, concurre clara causa de inadmisión que, en este estadio del proceso, se convierte en causa de desestimación con relación a los motivos primero, tercero y cuarto de los formulados por el recurrente.

**3.** También, con carácter preliminar, debemos despejar si el recurso reúne interés casacional como presupuesto de admisión.

En nuestro Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 16 de junio de 2016 precisamos una serie de supuestos que respondían claramente a dicho interés, si bien no puede interpretarse como una suerte de fórmula de cierre o "numerus clausus". En sucesivas resoluciones hemos identificado otros escenarios de interés casacional tales como la necesidad de plantearse un giro interpretativo que modifique la jurisprudencia consolidada sobre una determinada cuestión normativa o la oportunidad de insistir sobre cuestiones con especial relevancia nomofiláctica -vid. STC 310/2023-. Y, como también destacábamos en la STS 57/2022, de 24 de enero, el interés casacional como criterio "a certiorari" de admisión del recurso, al no poder equipararse con el de especial relevancia constitucional previsto para la admisión del recurso de amparo -vid. STC 155/2009-, no puede prescindir de tomar en cuenta el gravamen que sustenta el recurso y las consecuencias reparadoras que para quien lo sufre pueden derivarse de su estimación.

**4.** En el caso, la sentencia recurrida funda su decisión en la doctrina de esta Sala contenida en la STS 88/2018 -con posteriores reflejos en el auto de 14 de julio de 2020 por el que se denegaba la autorización para interponer recurso de revisión-, sobre el alcance del concepto normativo de edificación no autorizable utilizada en el artículo 319 CP, sin que la parte haya identificado, al formular su recurso, tensiones interpretativas que derivadas de aquella se proyecten en decisiones dispares entre las Audiencias Provinciales o los Tribunales Superiores. Lo que reduce, ciertamente, los indicadores de interés casacional del recurso interpuesto.

No obstante, dado el tiempo transcurrido desde la sentencia invocada por la Audiencia y la complejidad normativa de la cuestión suscitada, apreciamos una razón de relevancia casacional basada en la oportunidad de insistir sobre el alcance de la doctrina jurisprudencial que le da respuesta. Interés que justifica, finalmente, la admisión a trámite del recurso.

### ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: VULNERACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2.2 , 5 Y 319, TODOS ELLOS, CP

**5.** En términos muy sintéticos, sin entrar a dialogar con las razones ofrecidas por la Audiencia Provincial, el recurrente considera que se ha vulnerado el principio constitucional de retroactividad de la ley penal más favorable pues la caseta en su día construida va a ser legalizada (sic) por lo que no se da el elemento del tipo relativo a que la edificación no sea legalizable.

**6.** El motivo no puede prosperar.

Como es sabido, la infracción de ley, como específico motivo casacional, obliga al recurrente a partir solo y exclusivamente de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida. Estos delimitan el campo de juego en

el que puede operar el motivo, constituyendo el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso.

Y lo cierto es que los hechos sobre los que se basó la Audiencia para revocar la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal identifican con claridad el delito por el que el recurrente ha sido condenado.

**7.** El Juzgado consideró acreditado que la edificación "de uso residencial", levantada por el recurrente " no resultaba legalizable ni autorizable en suelo clasificado y categorizado como suelo rústico de protección paisajista en zona de interés agrícola de medianías, con incumplimiento de las normas subsidiarias de planeamiento vigentes del municipio de Garafía (...) y resultar incompatible con los usos establecidos en el Plan Insular de Ordenación de la isla de la Palma. (...) No obstante, dichas normas subsidiarias fueron sustituidas por el PGOU de Garafía, aprobado definitivamente el 6 de mayo de 2019. Según este nuevo PGOU, el terreno sobre el que se asienta la edificación referida podría ser legalizable como cuarto de aperos si se cumplieran una serie de requisitos, entre los que destaca, principalmente, la eliminación de la pérgola adosada al mismo y el cerramiento de una de las dos puertas y una de las dos ventanas con que cuenta la edificación (...) D. Fructuoso ha presentado proyecto y solicitado licencia de legalización y adecuación normativa urbanística de cuarto de aperos ".

El hecho global no solo describe con claridad la infracción urbanística penalmente relevante, sino que también excluye con la misma contundencia cualquier efecto "destipificador" que pudiera derivarse de la posterior modificación de las reglas del planeamiento por las que, dadas determinadas condiciones, una edificación, con finalidad de cuarto de aperos, podría ser legalizada.

**8.** En efecto, la respuesta a la objeción de tipicidad planteada por el recurrente obliga a partir de la idea troncal del bien jurídico como base de la estructura e interpretación de los tipos sancionadores. Su consideración como una plasmación valorativa de intereses relevantes para la configuración y el mantenimiento de la sociedad y como límite, al tiempo, de la actuación del "ius puniendi" implica, en una sociedad democrática, que no toda alteración perjudicial para un bien, en tanto que interés valorado positivamente, resulta relevante para el Derecho Penal. Solo merecerán reproche penal aquellas conductas que lesionen el bien jurídico negando frontalmente el significado jurídico de la norma de protección.

Lo que coliga con las exigencias de interpretación estricta de los tipos penales. En particular, de aquellos, como los delitos contra la ordenación del territorio, respecto de los que cabe trazar relaciones tangentes y, en ocasiones, secantes con las normas administrativas sancionatorias. Estas relaciones de vecindad entre la norma penal y la norma administrativa obligan, como nos recuerda la muy importante STC 101/2012 que declaró la inconstitucionalidad del artículo 335 CP -texto de 1995- por vulneración del principio de legalidad penal, a identificar siempre " el plus de antijuricidad material que coadyuve a precisar la correspondiente conducta penal típica". Precisamente, para poder deslindar el específico ámbito de aplicación de la norma penal del administrativo sancionador.

**9.** Lo anterior nos permite aproximarnos al contenido del bien jurídico que se protege mediante el artículo 319.2º CP que no es la normativa urbanística en sí misma considerada, sino el valor material de la ordenación del territorio. Entendida como garantía de una expectativa de utilización racional de un recurso natural limitado como es el suelo, orientada a optimizar, además, los intereses generales, tal como compele el artículo 45 CE.

Por tanto, la lesividad penalmente relevante de la conducta constructiva no se mide, solo, por la correspondencia entre lo edificado y las condiciones normativas para edificar. Las desviaciones del marco de la autorización -la licencia o la norma- son, prima facie, reparables y sancionables por la normativa administrativa sectorial. Incluso, la edificación sin licencia realizada en suelo no urbanizable cuando no afecta a espacios protegidos o de especial relevancia como los precisados en el apartado primero del artículo 319 CP no pasa, necesariamente, por la sanción penal.

Lo que se castiga penalmente son las acciones constructivas en un suelo no urbanizable que en atención al cómo, qué, dónde o por quién se construye infringen de forma nuclear las condiciones que garantizan, mediante la ordenación urbanística, el acceso y el uso racional del suelo de manera controlada, transparente, igualitaria y respetuosa con los fines de preservación de determinados espacios por sus especiales características o valores paisajísticos.

Grado de lesión del bien jurídico que es lo que impide que lo edificado, atendidas las normas vigentes al momento de ejecución, pueda ser autorizable. Mediante el delito del artículo 319.2 CP se castigan aquellas actuaciones edificativas que infringen las condiciones de ordenación urbanística vigentes hasta un punto tal en que la propia normativa administrativa, aun partiendo de los estándares de interpretación más flexibles y favorables, no permite sanar o reducir a límites tolerables el grado de antijuricidad, de confrontación con los valores e intereses colectivos que protege.

**10.** Lo anterior nos sitúa en el epicentro del problema normativo suscitado mediante el recurso: ¿Cuándo cabe considerar que una edificación no es autorizable?

La parte recurrente sostiene que dado que la edificación en su día no autorizable, a la luz de las posteriores modificaciones normativas, puede ser autorizada, la licencia que se conceda excluiría la antijuricidad y, con ella, la tipicidad de la conducta. Si la norma se modifica cabe admitir también que la actuación edificativa se ajuste a las nuevas exigencias que permiten la autorización de la obra.

**11.** La propuesta interpretativa no resulta razonable. La referencia a no autorizable no puede interpretarse en el sentido de que solo en el caso de que quepa identificar una ontológica, y perpetua, imposibilidad de modificación normativa de las condiciones de autorización edificativa podrá sancionarse penalmente la edificación realizada en suelo no urbanizable. Ello nos llevaría al absurdo lógico de interpretar una norma en términos tales que impidan su aplicación.

Como ya destacábamos en la STS 88/2018, la condición de no autorizable debe analizarse en función de las características de la obra al tiempo de su ejecución y de la normativa urbanística aplicable en ese momento.

**12.** En este punto, resulta decisivo fijar la perspectiva de observación. Utilizando un símil astronómico copernicano, debe determinarse qué es lo que gira y sobre qué se gira.

Nos explicamos. Las condiciones de lo autorizable -como contraposición a lo no autorizable- son normativas y deben ponerse en relación con el hecho ejecutado. Esto quiere decir que lo que hace autorizable a la edificación, tal como se ejecutó, es que "quepa" en la norma entonces vigente reguladora de la ordenación. La posterior modificación de la norma no entraña que puedan también modificarse "ex post" las condiciones de producción de lo ya edificado, convirtiéndolo, con efectos "ex tunc", en autorizable y, con ello, en atípico.

Lo autorizable, a los efectos típicos del artículo 319.2 CP, supone que no habrá delito si la legislación urbanística hubiera permitido en el momento de la ejecución la legalización de la edificación. Por el contrario, si no lo permite se habrá cometido el delito.

**13.** A esta ecuación cabría, no obstante, añadir una matización ampliatoria. Dado el componente extrapenal del tipo, como ley penal en blanco, cabe aceptar que, si se producen posteriores modificaciones normativas de las condiciones de autorización que hicieran al hecho constructivo inocuo a efectos típicos, por ejemplo, porque se declara el suelo urbanizable o porque las nuevas condiciones contemplen que lo edificado, tal como fue ejecutado en su momento, pueda ser autorizado porque no infringe las normas de ordenación, se daría una suerte de efecto retroactivo del contenido "normativo extrapenal" del tipo a favor de reo.

**14.** Pero, insistimos, ello nada tiene que ver con supuestos, como el que nos ocupa, en que las modificaciones normativas no contemplan, en modo alguno, la autorización de lo edificado, a salvo que el sujeto activo ajuste su previo comportamiento edificativo delictual a las exigencias contempladas en aquellas.

Reiteramos, solo cabría cuestionar la antijuricidad específicamente penal de la conducta si las posteriores modificaciones normativas urbanísticas comportan que el hecho -la conducta constructiva-, tal como se produjo, se ajusta a la nueva norma.

La condición de no autorizable debe analizarse, por tanto, en función de las características de la obra al momento de su ejecución a la luz de la norma vigente.

Y, en el caso, los propios hechos declarados probados identifican con toda claridad no solo que lo edificado con la finalidad de uso habitacional no era autorizable, sino que en modo alguno "cabe" en la nueva normativa urbanística invocada.

Las nuevas condiciones de autorización exigen el reajuste funcional de la edificación del "uso residencial" al que respondió al uso como "cuarto de aperos" y, además, significativas modificaciones estructurales sobre lo edificado.

La edificación no solo se ejecutó infringiendo todas las condiciones prohibitivas que la hacían no autorizable, lesionando gravemente el bien jurídico protegido, sino que, además, los cambios en la normativa urbanística introducidos con posterioridad en nada disipan, reducen o excluyen "ex tunc" la antijuricidad de dicha conducta.

**15.** La sentencia recurrida, condenando al hoy recurrente como autor de un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 CP, no ha infringido la ley.

## CLÁUSULA DE COSTAS

**16.** Tal como previene el artículo 901 LECrim, las costas de esta instancia casacional deben imponerse al recurrente.

## F A L L O

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Fructuoso contra la sentencia de 17 de mayo de 2021 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (sección sexta).

Condenamos al recurrente al pago de las costas judiciales.

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

Así se acuerda y firma.

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.