

Roj: **STS 476/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:476**Id Cendoj: **28079120012018100079**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **13/01/2018**Nº de Recurso: **882/2017**Nº de Resolución: **73/2018**Procedimiento: **Penal. Procedimiento abreviado y sumario**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 476/2018,**  
**AATS 8113/2018**RECURSO CASACION núm.: **882/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Sentencia núm. 73/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 13 de enero de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación nº **882/2017** interpuestos por el **MINISTERIO FISCAL y D. Raúl** representado este último por la Procuradora Sra. Cañedo Vega, bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Rodríguez contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 3 de enero de 2017 en causa seguida por un delito contra la ordenación del territorio. Han sido partes recurridas D. Juan Ignacio , D. Cirilo , D. Horacio , D. Ricardo , D. Jesús Ángel y D. Carlos representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> Inés Verdú Roldan y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Sendra Albiñana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Nules (Castellón) instruyó PA nº 103/2014, contra D. Raúl y otros. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Primera) que con fecha 3 de enero de 2017 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

«El acusado, Raúl , mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 21 de abril de 2008 solicitó del Ayuntamiento de Sueras licencia para la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en las parcelas



agrupadas NUM000 , NUM001 , NUM002 y NUM003 del polígono NUM004 de su término municipal, las cuales se encuentran en suelo no urbanizable común, dentro del ámbito del Parque Natural de la Sierra Espadán, aportando a tales efectos un proyecto básico. El también acusado Luciano , mayor de edad y sin antecedentes penales, con fecha 11 de julio de 2008 y a petición del Ayuntamiento informó favorablemente dicho proyecto básico en su condición de arquitecto municipal del citado consistorio. En fecha 30 de enero de 2009 el Pleno del Ayuntamiento de Sueras, formado por los acusados Juan Ignacio (alcalde), Cirilo (teniente de alcalde), Horacio (concejal de urbanismo), Ricardo (concejal), Jesús Ángel (concejal) y Carlos (concejal), interviniendo como Secretaria de dicho Ayuntamiento la acusada Teresa , todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, a la vista del anterior informe y del que también emitió la comisión de obras, acordó conceder la licencia solicitada, si bien condicionada a la obtención de los informes favorables de las Consellerías correspondientes y a que antes del inicio de las obras se presentara el proyecto de ejecución. En fecha 31 de julio de 2009 el Jefe del Servicio Territorial de Urbanismo, al tiempo que transcribía en el antecedente segundo informe de 23 de julio de 2009 elaborado a su instancia por el Servicio Territorial de Medio Ambiente, informó favorablemente sobre el referido proyecto, pero condicionando la autorización a que, además del planeamiento para dicha clase de suelo, se cumpliera con las determinaciones establecidas por el citado Servicio Territorial de Medio Ambiente relacionadas en el antecedente segundo de dicho informe, concretamente que la construcción de la vivienda unifamiliar de nueva planta sobre suelo no urbanizable debía quedar ligada inexcusablemente a las prácticas agrarias o forestales, no admitiéndose en ningún caso la construcción como vivienda de segunda residencia, para lo cual debería solicitarse informe de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación. En relación con lo anterior y adjuntando copia de dicho informe el Ayuntamiento de Sueras interesó en fecha 21 de agosto de 2009 informe a la Consellería de Agricultura, relativo al expediente para construcción de la vivienda solicitada por el Sr. Raúl , y con fecha 28 de septiembre de 2009 el Director Territorial de la Consellería de Agricultura, Pesca y Alimentación, tras indicar al Ayuntamiento de Sueras que la construcción de una vivienda unifamiliar aislada en la parcela NUM001 del polígono NUM004 de Sueras no estaba contemplada en la Orden de 17 de octubre de 2005 de dicha Consellería y que por lo tanto no era competencia de la misma la emisión del informe para la actuación mencionada, les indica a continuación que para el caso que se quisiera vincular esta construcción a la explotación agraria del peticionario y para valorar si dicha vivienda quedaría justificada por necesidad de la actividad agraria, sería necesario aportar: informe técnico municipal sobre compatibilidad urbanística y clasificación del suelo con el visto bueno del secretario de la corporación local; así como memoria agronómica firmada por el técnico competente donde se justificara el objeto y la necesidad de la construcción desde el punto de vista agrario y se describiera tanto la explotación como las características constructivas de la obra a realizar, incluyendo relación de maquinaria y aperos agrícolas disponibles y al menos plano acotado de ubicación. Mediante sesión ordinaria celebrada a tal efecto el 29 de enero de 2010, con la asistencia del Alcalde, Concejales y Secretaría mencionados, a la vista de los referidos informes de las Consellerías de Medio Ambiente y de Agricultura, así como informes del Técnico municipal y la Comisión de obras, el Pleno del Ayuntamiento de Sueras, por unanimidad, acordó conceder al Sr. Raúl la licencia de obras solicitada, especificando que "La edificación deberá cumplir las determinaciones establecidas por el Servicio Territorial de Medio Ambiente, relacionadas en el antecedente segundo de su informe, expediente NUM005 ". De la inspección realizada el día 20 de abril de 2010 por los agentes del SEPRONA de la Guardia Civil resulta que el Sr. Raúl , excediéndose de la licencia condicionada, había realizado una edificación que no coincidía ni en volumen ni en superficie con el proyecto básico aportado, puesto que la planta segunda constaba en el proyecto como diáfana y con tejado a cuatro aguas cuando en la realidad se encontraba distribuida en tres habitaciones, dos aseos, una galería, un salón comedor y dos terrazas, todo ello en construcción, mientras que la planta NUM004 tenía casi toda la distribución modificada, con tres habitaciones, dos aseos, un salón comedor, una cocina, una terraza trasera y un porche delantero, también en construcción, y la planta NUM006 estaba subdividida en un NUM007 , con habitación para reuniones diáfana, terminada y amueblada, y un local a modo de almacén-cochera para capacidad de unos dos vehículos turismos, ya terminada. Por la Alcaldía del Ayuntamiento de Sueras, con carácter previo a cualquier actuación de la administración autónoma y a la presentación de la denuncia formulada por la Fiscalía, se dictó con fecha 18 de junio de 2010 el siguiente Decreto: "Visto el informe emitido por el Técnico de este Ayuntamiento, D. Luciano , tras inspección realizada a las obras que se están realizando consistentes en Vivienda Unifamiliar Aislada, en término municipal de Sueras, en las parcelas NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM008 , NUM009 , NUM010 , NUM011 y NUM012 , cuyo promotor es D. Raúl , en el que se informa que las obras realizadas no se ajustan a las condiciones establecidas en la licencia concedida", es por lo que, de conformidad con lo establecido en el art. 221 Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, se ordenaba la "suspensión inmediata de las obras" mencionadas, al tiempo que se acordaba "incoar el correspondiente expediente de disciplina urbanística", concediendo al Sr. Raúl "un plazo de 10 días para aducir la concordancia de las obras con el contenido de la licencia". La Consellería de Medio Ambiente procedió a su vez a incoar expediente por el que se ordenaba la restauración de la legalidad urbanística en relación con la mencionada construcción, cuya resolución se encuentra pendiente de la decisión que se adopte en el recurso contencioso-administrativo



interpuesto por el acusado Raúl , habiéndose acordado mediante auto de 21 de enero de 2014 dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de Valencia, la suspensión de la resolución impugnada. El alcalde y concejales acusados actuaron en todo momento en la creencia de que los informes con que contaban amparaban técnica y jurídicamente la concesión de la licencia de obras».

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Que absolvemos a Juan Ignacio , Cirilo , Horacio , Ricardo , Jesús Ángel , Carlos , Luciano y Teresa de los delitos de prevaricación urbanística por los que venían siendo acusados, declarando 2/3 de las costas procesales de oficio. Que condenamos al acusado Raúl , como autor responsable de un delito contra la ordenación del territorio, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión de seis meses, multa de doce meses a razón de seis euros diarios, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de promotor o constructor por tiempo de seis meses, así como al pago de 1/3 de las costas procesales. Contra la sentencia cabe recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días, de conformidad con lo previsto en la L.E.Cr. >>.

**TERCERO.-** Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal y D. Raúl , que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

**Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.**

**Motivo único.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación indebida del nº 3 del art. 319 CP .

Motivos aducidos por Raúl .

**Motivo primero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE ). **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 319.1 CP . **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 14 CP . **Motivo cuarto.-** Por infracción de ley al amparo del nº 2 del art. 849 LECrim por error en la apreciación de la prueba.

**CUARTO .-** El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto **impugnando todos sus motivos** ; el recurrente D. Raúl igualmente impugnó el recurso del Fiscal; la Sala admitió los recursos, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

**QUINTO.-** Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día 19 de diciembre de 2017.

**SEXTO.-** Con fecha 4 de enero de 2018 se dictó auto de prórroga del plazo para dictar sentencia por 20 días atendiendo a razones de complejidad del tema objeto de estudio.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El primer motivo del recurso del condenado se acoge al derecho a la **presunción de inocencia**, ( arts 852 LECrim -mejor que 5.4 LOPJ - y 24.2 CE ) aunque no llega a identificar los elementos del hecho probado que se consideran huérfanos de prueba suficiente. No parece que discuta ni la realidad de la construcción, ni la desviación respecto de la licencia otorgada y proyecto presentado. Pudiera colegirse de algún pasaje del escueto desarrollo del motivo que el recurrente habla de ausencia de prueba bastante en relación a la vertiente subjetiva del delito: es decir, prueba de la conciencia de estar vulnerando el orden penal.

Para cubrir las exigencias subjetivas de la culpabilidad basta un conocimiento genérico de la antijuricidad. No es exigible, como acertadamente expresa la Audiencia, ni saber el concreto relieve penal de los hechos, ni conocer los detalles de la tipicidad penal. Es suficiente con percibir que la conducta es contraria a derecho. Esta conciencia es deducible de la propia actuación del sujeto, amén de ser cuestión que será abordada en un motivo posterior (tercero, donde se reclama la aplicación del art. 14 CP ). Hay base más que sobrada para inferir ese elemento interno.

Por lo demás, los elementos objetivos de la conducta están acreditados y realmente no son discutidos.



Se cuestiona, sin embargo, que estén colmadas todas las exigencias típicas. Eso no es un problema de presunción de inocencia sino de corrección de la subsunción jurídica. Nos lleva de la mano al segundo de los motivos.

### **El motivo no puede prosperar.**

**SEGUNDO** .- El art. 319 que determina la condena habla en la actualidad de "obras de urbanización, construcción o edificación *no autorizables*". La redacción anterior incorporaba las expresiones "*construcción no autorizada*" (párrafo primero) y "*edificación no autorizable*" (párrafo segundo). Entiende el recurrente que esa modificación le sería aplicable retroactivamente; y que "no autorizable" significaría una exigencia superior a "no autorizada" pues supone que nunca la construcción podrá ser legalmente viable.

No puede compartirse esa exégesis. *No autorizable* significa que la obra ya iniciada o realizada no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, lo cual comprende tanto las obras realizadas sin licencia que no sean legalizables, como también las que, contando con licencia, y al margen de posibles responsabilidades de haberse obtenido ilegalmente, no eran autorizables.

Al hablarse ahora de obras "no autorizables" frente a la anterior locución "*construcciones no autorizadas*", razona el recurrente, los criterios son más laxos.

Se equivoca. Cuando se realiza una construcción no autorizada su carácter delictivo viene determinado, no sólo por no estar autorizada sino por no ser tampoco autorizable en ese preciso momento y no en cualquier hipotético tiempo futuro.

La expresión *no autorizable* no alude a la eventualidad de que en un futuro, más o menos incierto o lejano, pudiera modificarse la legalidad urbanística. Esta interpretación nos lleva al absurdo: por vía de hipótesis y en abstracto toda calificación es susceptible de modificación por decisión del legislador o de la administración competente en materia urbanística.

Ese elemento del tipo se refiere a la ilegalidad material de la edificación cuando se realiza, por no ajustarse a la ordenación. No basta que se haya levantado sin licencia; es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, lo que excluiría su autorización (*no autorizable*).

No hay, pues, cuestión en cuanto a la incardinabilidad de la conducta tanto en el texto anterior como en el vigente.

Es impertinente aquí, por otra parte, la referencia al principio de intervención mínima. No es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal. Va dirigido fundamentalmente al legislador, que es a quien incumbe mediante la fijación de los tipos y las penas concretar los límites de la intervención del derecho penal.

**TERCERO**.- Se argüía también que no estaríamos propiamente ante una construcción sino ante un simple exceso, lo que no sería conducta contemplada por el art. 319 CP. El recurrente contaba con licencia. El art. 319 en la redacción vigente en el momento de los hechos solo contemplaría supuestos de construcción sin autorización pero no los excesos de volumen o cabida respecto de la licencia o la modificación de construcciones autorizadas. El tema es acertadamente analizado y resuelto tanto en la sentencia de instancia como en el dictamen de impugnación del Fiscal. Asumimos los argumentos expuestos en una y otro.

Podrían, ciertamente, excluirse del tipo los excesos proporcionalmente reducidos o insignificantes; pero nunca casos como el aquí examinado de absoluta y patente desviación de los términos condicionados de la licencia.

La STS 1067/2006, de 17 de enero contemplaba un supuesto con alguna analogía al presente pues no toda la construcción era "ilegal": "**Las modificaciones, excesos o ampliaciones de construcciones autorizadas o autorizables son también construcción cuando son relevantes por sí mismas**, relevancia que no puede minimizarse aquí a la vista las desviaciones de que estamos hablando. **Es concorde la doctrina a la hora de considerar típicas además de las construcciones realizadas sin la preceptiva licencia, aquellas que cuentan con licencia pero se llevan a cabo incumpliendo sus condiciones o al margen de su contenido**; o modificadas posteriormente desbordando las limitaciones y condiciones de la autorización. Ciertamente en precedentes prelegislativos ( art. 383 del proyecto de CP de 1980 ) se contemplaba expresamente el supuesto de construcciones ultra vires de la licencia. Pero la desaparición de su mención expresa obedece a una idea de economía legislativa: es innecesaria su tipificación explícita pues ya está abarcada en la genérica descripción típica. Esos excesos de altura, o volumen o de otra naturaleza constituyen construcción no autorizada y son incardinables en el tipo" (vid. STS 676/2014, de 15 de octubre ).

**CUARTO** .- Se reclama la aplicación de un **error de prohibición**.



Establece el art. 14 CP : "1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados."

El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho ( SSTS 1141/1997, de 14 de noviembre ; 865/2005, de 24 de junio ; 181/2007, de 7 de marzo ; 753/2007, de 2 de octubre ; y 353/2013, de 19 de abril ).

Decía la STS 708/2016, de 19 de septiembre , que para indagar si concurre la conciencia de la ilegalidad de un acto deben ponderarse las condiciones personales del sujeto y el tema o aspecto ignorado o no conocido. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, con particular atención a la naturaleza del delito que se afirma cometido. Y añadía que es de común conocimiento que la realización de una construcción conlleva la petición de una licencia administrativa, y que las más elementales precauciones obligan a cerciorarse de la legalidad de la obra a realizar.

La STS de 17 de octubre de 2006 precisa que "La construcción de un error de prohibición en un mundo tan intercomunicado y permeable a la información como el que vivimos ofrece más dificultades que en otras épocas. No deja de ser una concepción teóricamente impecable pero de complicado ajuste a la realidad. Hoy en día el desconocimiento absoluto de la antijuridicidad de un hecho de esta naturaleza es de difícil acreditación en el caso concreto. Existe práctica unanimidad en considerar que no se puede construir el error de prohibición sobre la base de que el sujeto no conoce, de forma pormenorizada y con detalles técnicos, la normativa que está infringiendo. Un profano que, además, ha estado viviendo durante años sabiendo que se encontraba en los lindes de una zona de dominio público especialmente sensible, tiene la percepción natural y exigible a cualquier persona de que su actuación es contraria a la norma".

La STS 816/2014, de 24 de noviembre aclara que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: «Creencia errónea de estar obrando lícitamente», decía el anterior art. 6 bis a); «error sobre la ilicitud del hecho», dice ahora el vigente art. 14.3 ( SSTS 1301/1998, de 28 de octubre ; 986/2005, de 21 de julio ; y 429/2012, de 21 de mayo ).

La STS 586/2017, de 20 de julio en un asunto referido también a urbanismo rechaza la concurrencia de error con argumentos que serían trasladables a este asunto. Basta ahora tras estos referentes jurisprudenciales refrendar el atinado análisis, tanto fáctico como jurídico que se vierte en la sentencia de instancia:

"... es claro que no concurren indicios de que el acusado Sr. Raúl actuara guiado por un error de esa índole. En primer lugar porque este Tribunal que ha escuchado al acusado en la vista del juicio y ha apreciado directamente su nivel de formación y cultura, no ha considerado que presentara una capacidad de intelección y comprensión sustancialmente inferior al ciudadano medio, de forma que su falta de conocimientos y de preparación le impidieran cerciorarse de la prohibición de su conducta. A fin de cuentas se trata de una persona que se había dedicado a la construcción y solicitado diversas licencias, todo lo cual denota un nivel cultural y una socialización muy lejos de las carencias propias de un sujeto que pudiera incurrir en un error de prohibición por ignorar que para la ejecución de una obra se precisa obtener previamente una licencia ajustada a un plan urbanístico. Y en segundo lugar, en las obras que realizó en la parcela utilizó hormigón, cemento y ladrillo, reportaje elaborado por los agentes del EPRONA, materiales por tanto de una solidez y fijación al suelo que impiden hablar de una construcción inconsistente y provisional. Sin olvidar tampoco que el acusado era consciente de que la parcela estaba situada en un paraje natural de la Sierra Espadán, por lo que era fácil inferir que la zona tenía necesariamente que albergar un grado relevante de protección urbanística.

Por consiguiente, tanto la naturaleza y entidad de la obra como el lugar de ubicación permiten inferir que el acusado, cuyo nivel de formación y cultura alcanzaba el grado del ciudadano medio, gozaba de la aptitud y capacidad para saber que una obra de tales características precisaba cumplimentar una serie de requisitos





para ajustarse a las exigencias del plan de urbanismo imprescindible para iniciar la obra contar con la correspondiente licencia y cumplir las condiciones de la misma. Y aunque también parece inferirse la defensa a que, a lo sumo, estaríamos ante una infracción administrativa que habría de conllevar una sanción de ese carácter. Sin embargo el Tribunal Supremo tiene dicho que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que él realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, sin que lo que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar: "Creencia errónea de estar obrando lícitamente", decía el anterior art. 6 bis a); "error sobre la ilicitud del hecho", dice ahora el vigente art. 14.3" ( SSTS 1301/1998, de 28 de octubre ; 986/2005, de 21 de julio ; 42 "/2012, de 21 de mayo).

No es pensable que esa sobre-construcción se hiciese sin contar con la anuencia y conocimiento del Sr. Raúl que era el real propietario y a quien iba destinada la vivienda. No es asumible la hipótesis del desconocimiento ni de los excesos ni de las limitaciones de la licencia. Como tampoco puede decirse que la construcción ilegal se hizo por licencia, pues ésta era válida, en principio, aunque no desplegase su eficacia hasta que no se cumplieran las condiciones. La secuencia de los hechos es sumamente elocuente. Todo ello, al margen de que la licencia en este caso sí carecía de eficacia en la práctica, como hemos indicado con anterioridad, con lo cual el acusado ha realizado una construcción "no autorizada", y porque, en cualquiera de los supuestos ha quedado acreditado por los agentes medioambientales, los agentes del EPRONA y por el propio reconocimiento del acusado Sr. Raúl , que se produjeron una serie de extralimitaciones en la construcción, no determinadas pericialmente, pero que tienen el carácter de infracciones graves a tenor del expediente incoado por el departamento de disciplina urbanística y por la resolución sobre la restauración de la legalidad urbanística dictada por la Consellería de Medio Ambiente".

#### **No cabe hablar de error.**

**QUINTO.-** El motivo cuarto y último del recurso de Raúl circula a través del art. 849.2º LECrim , pero de forma manifiestamente improcedente. El recurrente va enumerando una larga retahíla de documentación (una muy buena parte de la obrante en las actuaciones) a lo largo de tres densos folios, intercalando en ocasiones declaraciones personales y culminado con la mención de todo el contenido de las grabaciones de las sesiones de juicio oral (que, por otra parte, manifiesta no haber podido visionar por dificultades informáticas).

A partir de ahí y sin molestarse en señalar particulares de esos documentos ( art. 884.6 LECrim ), ni entretenerse con razonamiento alguno, vierte una afirmación apodíctica, y ayuna de toda explicación: todo ese conjunto probatorio evidencia un error en la apreciación de la prueba que habría llevado a la condena.

Es patente la incompatibilidad de esa forma de argumentar (¿argumentar?) con la estricta arquitectura legal del art. 849.2 que exige señalar unos documentos concretos, destacando los particulares específicos en que se basa el razonamiento, que contradigan de forma directa y clara los hechos probados de la sentencia sin estar desvirtuados por otros elementos de prueba.

El recurso: **a)** no designa particulares; **b)** incluye elementos probatorios no documentales; **c)** omite todo razonamiento sobre la oposición entre lo que se deriva del documento y las afirmaciones de la sentencia.

Eso llevaría sin más a tachar de inadmisibile el motivo. Añadamos no obstante algunas otras observaciones:

**a)** Que un tribunal contencioso haya decretado a instancia del recurrente precisamente la suspensión de las resoluciones administrativas encaminadas a restablecer la legalidad en buena medida por estar en trámite un procedimiento penal no significa nada.

**b)** Tampoco es relevante la sentencia absolutoria dictada por la propia Audiencia y mencionada en la ahora combatida en casación que se preocupa de advertir que el supuesto era completamente diferente.

El motivo incurre por ello en varias causas de inadmisión ( art. 884.6 y 885.1 LECrim ) que en este momento procesal se convierten en razones para la desestimación sin necesidad de examinar el fondo.

**El recurso del condenado es por ello íntegramente desestimado (o, si se prefiere, desestimable).**

**SEXTO.-** El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal combate la decisión de la Audiencia de eludir la orden de **demolición** de lo indebidamente construido que contempla el art. 319.3 CP .

Los jueces *a quibus* justificar ese pronunciamiento en el párrafo final del fundamento de derecho tercero de la sentencia de la siguiente forma:



«En el presente caso, al margen de que en el plenario no se hizo mención alguna por el Ministerio Fiscal ni por la defensa en cuanto a lo previsto en el citado art. 319.3 CP, consta en las actuaciones que el Sr. Raúl interpuso recurso pidiendo la suspensión de la resolución de la Consellería de Infraestructura Territorial y Medio Ambiente de 2-11-2012, que desestima recurso de alzada contra resolución de 18-05-2012, que ordenaba la restauración de la legalidad en relación con la construcción de la vivienda unifamiliar aislada en suelo no urbanizable, donde mediante auto de 21 de enero de 2014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia ya acordó la suspensión de la resolución impugnada (f. 278 a 280 T. II), habiéndose tramitado expediente de disciplina urbanística a tal efecto, por lo que, desconociendo este Tribunal la concreta extralimitación constructiva a falta de la pericial correspondiente, estando pendiente de disciplina urbanística se tramita con la finalidad de restaurar la legalidad y que, en est concreto supuesto, cabe la posibilidad de que pueda legalizarse al menos parcialmente la obra, es por lo que estimamos que no procede acordar medida alguna sobre la posible demolición de la obra».

La motivación, estando revestida de cierta razonabilidad, no convence pues ensombrece el carácter preferente de la jurisdicción penal y cierra los ojos ante la naturaleza de regla prioritaria que ha de tener la demolición como medida restauradora del orden vulnerado. La regla general es que se acuerde la demolición; la excepción, que se eluda ese pronunciamiento por circunstancias especiales.

Señala el art. 319.3 del CP señala: "en cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe".

Según las SSTs 443/2013, de 22 de mayo, 529/2012, de 21 de junio; 901/2012, de 22 de noviembre y 816/2014, de 24 de noviembre, la demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con los arts. 109 y ss. CP relativos a la reparación del daño. Esa reparación del daño ocasionado por el delito (arts. 109, 110 y 112 CP) prevista con carácter general, se revela como algo dotado de todo el sentido. Sin ello la voluntad del infractor prevalecería sobre la de la ley. Tal debe ser la clave de lectura del art. 319.3 CP.

En el ámbito de la política criminal la demolición es medida disuasoria. Lo resalta en su recurso el Fiscal. No se trata de una pena, pues no está recogida en el catálogo de penas del CP sino una medida ligada a la reparación.

La reparación en la modalidad de demolición de la construcción ha de ser, por ello, en principio, la regla. Es a lo que literalmente obligaría el art. 109 CP. El art. 319.3 CP no habilita para considerar meramente opcional lo que, en principio, tiene carácter necesario. Una adecuada comprensión sistemática de la disposición nos sitúa en un marco de limitada discrecionalidad. Se permite a los tribunales modular tal deber legal en virtud de las particularidades del caso concreto, barajando criterios de proporcionalidad. Se evita la consolidación de antijurídicas situaciones de hecho; pero se abre una válvula de escape para esquivar medidas desmesuradas que comportase un eventual grave perjuicio para la colectividad de regir a ultranza el imperativo de la demolición fueran cuales fueran las circunstancias.

Alguna vez se ha entendido que la expresión "podrán" del art. 319.3 abre una facultad excepcional, una posibilidad que, además, exigiría de una motivación específica, lo que llevaría a concebir como excepcional la demolición. Ni desde el punto de vista gramatical ni desde una perspectiva legal puede identificarse discrecionalidad (y, además, discrecionalidad moderada) con excepcionalidad.

Es cierto que el precepto que analizamos no establece la demolición de forma imperativa. Sin embargo, el "en cualquier caso..." con el que se inicia en relación con el verbo escogido - "podrán" - sólo puede interpretarse en el sentido de que "en cualquier caso" se refiere a los supuestos núm. 1º y núm. 2º: en ambos casos cabe la demolición; esto es, con independencia de la calificación de los suelos sobre los que se hayan realizado las construcciones o edificaciones. Si el texto insiste en exigir motivación, lo que de por sí es un mandato constitucional para cualquier decisión judicial, lo hace porque estima que el automatismo no cabe por el simple dato de que exista delito. Pero el tribunal penal también debe motivar cuando deniegue la solicitud de demolición formulada.

El art. 319.3 no introduce criterio orientador alguno para adoptar una u otra decisión. Han de ponderarse factores como la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor; comprobar si están implicados sólo intereses económicos, o también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia. Asimismo puede atenderse a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción (especial protección, destinados a usos agrícolas, etc).

En principio es suficiente la comisión de un delito contra la ordenación del territorio unido a la permanencia de la obra infractora para acordar la restauración del orden quebrantado a través de la demolición. Lo excepcional será que se aprecien circunstancias que empujen a apartarse de esa regla prioritaria.



Siempre será proporcionada la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado.

No puede aceptarse la excusa de remitir a una ulterior actuación administrativa la demolición como sugiere la sentencia. Esa opción entraña una no justificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales. Además conectaría con la causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal: una histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio ( STS 901/2012, de 22 de noviembre ).

No sobra traer a colación, como colofón, un rotundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Una previsible modificación normativa (se está refiriendo también al campo urbanístico) que pueda afectar a una situación concreta, no es razón para paralizar la ejecución de una sentencia ya firme. La ejecución no puede quedar supeditada a hipotéticas modificaciones ulteriores que son solo futuribles. Es la STC 22/2009, de 26 de enero . Dice:

...En el presente caso, como ha quedado acreditado en las actuaciones y se ha expuesto con más detenimiento en los antecedentes, el recurrente interpuso en 1997 un recurso contencioso-administrativo con la pretensión de que se considerara ilegal una construcción y la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Siero, lo que fue estimado por Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 28 de noviembre de 2001 , que también acordó la demolición de la obra. Tras declararse la firmeza de esta Sentencia por Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2003 , por Auto de 27 de septiembre de 2005 se acordó la suspensión parcial del cumplimiento de la Sentencia, en cuanto a la demolición acordada, "durante el plazo que se fije en ejecución de la presente resolución", argumentando que, si bien no se ha producido ninguna transformación de la situación con la propuesta de cambio normativo que plantea el Ayuntamiento, "no puede obviarse en el juicio ponderado y equitativo que debe presidir toda solución, las graves consecuencias que para el titular de las obras conllevaría el cumplimiento inmediato de la ejecutoria sin esperar durante un plazo prudencial que concilie los intereses enfrentados, a discernir, con todos los datos sobre su acomodación a las determinaciones urbanísticas que se proponen revisar a efectos de su posible legalización".

Pues bien, tal como señala el Ministerio Fiscal, debe concluirse que la decisión judicial de suspender la demolición acordada en Sentencia firme, en expectativa de una futura modificación de la normativa urbanística que, eventualmente, la legalizara, supone una vulneración del art. 24.1 CE , en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes en sus propios términos. En efecto, tomado en consideración que el principio general es la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y que sólo, de forma excepcional, cuando, en los términos previstos legalmente, concurren circunstancias de imposibilidad legal o material, debidamente justificadas, cabe inexecutar o suspender su cumplimiento, no puede admitirse que suponga un supuesto de imposibilidad legal o material la mera expectativa de un futuro cambio normativo, toda vez que ello no implica alteración alguna de los términos en los que la disputa procesal fue planteada y resuelta".

A la STC extensamente transcrita cabe adicionar otras, referidas todas a demolición. A idéntico nivel constitucional pertenece la STC 149/1989, de 22 de septiembre . Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha emanado un nutrido grupo de resoluciones de condena de diversos Estados por los retrasos o negativas de autoridades nacionales a ejecutar órdenes de demolición: SSTEDH de 22 de mayo de 2003 - *Kyriatos c Grecia* ; ó 24 de mayo de 2007 - *Paudicio c Italia* - , entre otras.

No hay razones para posponer esa decisión que se revela como procedente ni para confiarla a actuaciones administrativas ahora pendientes de una revisión jurisdiccional que, por demás, está paralizada a expensas del resultado de este proceso penal.

**SÉPTIMO.-** Deben declararse de oficio las costas del recurso del Fiscal Procediendo la desestimación del otro recurso, se está en el caso de imponer las costas al impugnante ( art. 901 LECrim ).

## FALLO

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

**1.- ESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón de fecha 3 de enero de 2017 en causa seguida por un delito contra la ordenación del territorio por estimación del único motivo, y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Castellón con declaración de las costas de este recurso de oficio.

**2.- DESESTIMAR** el recurso de casación interpuesto por **D. Raúl** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñadas con imposición al mismo de las costas respectivas a este recurso.





Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales 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 e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: **882/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia

En Madrid, a 13 de enero de 2018.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Nules (Castellón), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección Primera), y que fue seguida por un delito contra la ordenación del territorio contra Raúl se ha dictado sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos probados de la sentencia de instancia.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Por las razones expresadas en la anterior sentencia ha de decretarse la demolición de lo indebidamente construido. Habrá de concretarse en ejecución de sentencia los perfiles específicos de tal demolición: total en principio, salvo que se justificase la posibilidad y procedencia de limitarla a lo construido desbordando las condiciones de la autorización.

En lo demás se dan por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia.

### FALLO

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

Se **decreta** la **DEMOLICIÓN** de lo indebidamente construido en los términos indicados en la fundamentación de esta sentencia.

En todo lo demás se dan por reproducidos los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Andres Martinez Arrieta Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre



Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia

Ana Maria Ferrer Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ