



Roj: **STS 3801/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3801**

Id Cendoj: **28079120012020100631**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2020**

Nº de Recurso: **353/2019**

Nº de Resolución: **615/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 615/2020

Fecha de sentencia: 18/11/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 353/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 353/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 615/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 18 de noviembre de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 15 de noviembre de 2018, que estimó el recurso de apelación interpuesto por indicado recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba, de fecha 6 de abril de 2018, siendo parte el Ministerio Fiscal y la recurrida acusada Dña. Salvadora , representada por el Procurador D. José Miguel Martínez-Fresneda y bajo la dirección Letrada de D. Daniel Calero Murie.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba, en el Procedimiento Abreviado nº 143/2016, dimanante del Juzgado de Instrucción nº 5 de Córdoba, en causa contra Salvadora , dictó sentencia con fecha 6 de abril de 2018, que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Resultan probados, y así expresamente se declaran, los siguientes ÚNICO. En fecha de 12 de Agosto de 2014 se puso de manifiesto tras visita de inspección girada por los Agentes de Policía Local con números NUM000 y NUM001 (adscritos al Equipo de Disciplina Urbanística) la construcción (en fecha no determinada pero con posterioridad al año 2011 y con anterioridad al año 2013) por parte de la hoy acusada Dña. Salvadora como promotora-propietaria de una edificación de unos 40 metros cuadrados aproximadamente destinada a vivienda, careciendo la misma de la preceptiva licencia urbanística, llevada a efecto en la parcelación El Alcaide Vía Ferrea, camino Alhambra, 4 parcelación izquierda (Córdoba), en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir, existiendo en dicha parcelación numerosas construcciones consolidadas de diversa tipología, predominando en la misma las destinadas a vivienda".

SEGUNDO.- La anterior sentencia del Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba contiene el siguiente Fallo:

"QUE DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a DÑA. Salvadora , del delito contra la ordenación del territorio del que venía acusada 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. De adquirir firmeza la presente sentencia procede dejar sin efecto las medidas cautelares patrimoniales acordadas respecto de la acusada declarada absuelta. De adquirir firmeza la presente sentencia procede remitir testimonio de la misma a la Gerencia de Urbanismo u Organismo competente a los efectos procedentes en el ámbito de sus competencias".

El Ministerio Fiscal recurrió la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba ante la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, que con fecha 15 de noviembre de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada el día 6 de abril de 2018 por la Jueza de lo Penal Número Cinco de Córdoba en el Juicio Oral nº 276/2017 y, en consecuencia, revocando el fallo de dicha resolución: PRIMERO. Condenamos a Salvadora - como autora responsable de un delito contra la ordenación del territorio en el que no concurre circunstancia modificativa de la responsabilidad- a las siguientes penas: a) La de un año de prisión; b) La de multa de doce meses con la cuota diaria de ocho euros, con la responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas; c) La de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena privativa de libertad; d) La inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de profesión u oficio relacionado con la promoción y construcción de viviendas durante un año. SEGUNDO. No procede la demolición de la vivienda ilegalmente construida. TERCERO. Condenamos a Salvadora al pago de las costas procesales causadas en la primera instancia y declaramos de oficio las costas procesales causadas en esta segunda instancia. Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que, contra ella, cabe recurso de casación por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, que deberá prepararse ante esta Audiencia dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. Una vez verificado, expídase testimonio y remítase al juzgado de procedencia para su ejecución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por el **Ministerio Fiscal**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:



Motivo único.- Por Infracción de Ley al amparo del no 1 del artículo 849 d la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del artículo 319.3 del Código Penal, existiendo interés casacional.

QUINTO.- Instruida la representación de la parte recurrida, impugnó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 17 de noviembre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, de fecha 15 de Noviembre de 2018.

SEGUNDO.- ÚNICO.- Por Infracción de Ley al amparo del nº 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no aplicación del artículo 319.3 del CP, existiendo interés casacional.

Los hechos probados recogidos en la sentencia dictada por el juzgado de lo penal fueron los siguientes:

"En fecha de 12 de Agosto de 2014 se puso de manifiesto tras visita de inspección girada por los Agentes de Policía Local con números NUM000 y NUM001 (adscritos al Equipo de Disciplina Urbanística) la construcción (en fecha no determinada pero con posterioridad al año 2011 y con anterioridad al año 2013) por parte de la hoy acusada Dña. Salvadora como promotora-propietaria de una edificación de unos 40 metros cuadrados aproximadamente destinada a vivienda, careciendo la misma de la preceptiva licencia urbanística, llevada a efecto en la parcelación El Alcaide Vía Ferrea, camino Alhambra, 4 parcelación izquierda (Córdoba), en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir, existiendo en dicha parcelación numerosas construcciones consolidadas de diversa tipología, predominando en la misma las destinadas a vivienda".

El juzgado de lo penal dicta sentencia absolutoria argumentando que:

"Sin negar que la referida edificación se inició y fue llevada a efecto sin la preceptiva licencia teniendo dicho suelo la consideración de suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir no lo es menos, como se desprende tanto de la documental que integra la causa (entre la que destaca la documental fotográfica obrante en la causa obrante a los folios 5 a 8 ambos inclusive del expediente instruido por el Servicio de Policía Local del Equipo de Disciplina Urbanística) como de la testifical de Dña. Angustia y de la pericial practicada a instancia de la defensa en la persona del persona del Arquitecto D. Luis Alberto , que *dicha edificación llevada a efecto por la citada no constituye en modo alguno un ataque contra la ordenación del territorio*, toda vez si bien consta en los autos, informe técnico emitido por el Arquitecto Municipal D. Jesús Carlos de fecha 3 de Diciembre de 2015 (obrante a los folios IO y II ambos inclusive de los autos), que en el apartado relativo a la SITUACIÓN URBANÍSTICA señala que: Las obras denunciadas se ubican en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística, en la subcategoría Vega del Río Guadalquivir así como "En el documento urbanístico" Avance de Planeamiento para la identificación y delimitación de los Asentamientos Existentes en Suelo No Urbanizable del Municipio de Córdoba, Aprobado definitivamente por el Pleno Municipal celebrado el día 11 de Marzo de 2014, las obras denunciadas se incluyen, tal y como puede apreciarse en el Plano "Situación de los Asentamientos Existentes en Suelo No Urbanizable. Hoja 1.1", en Suelo No Urbanizable de Especial Protección por Planificación Territorial o Urbanística "SNU.EP.PTU" colindantes al Asentamiento Urbanístico 54 "Vereda Cuesta Blanquilla, el Alcaide Vía Férrea", al ser preguntado por el Ministerio Fiscal en cuanto a los valores del terreno señaló que se trata de valores agrícolas fundamentalmente, que todas las vegas del Guadajoz y del Guadalquivir las protegen de idéntica forma, afirmando igualmente a preguntas de la acusación pública que no tiene riesgo de inundación y que son no autorizables porque para poder edificar hace falta una superficie que esta parcela no tiene, creo que son 5 hectáreas, en esta clase de suelos se permiten hacer viviendas unifamiliares pero ligadas a la superficie (una determinada superficie), reafirmando que fundamentalmente la superficie, que la superficie mínima no se alcanza ni con creces aunque no se reflejara (dicho extremo en el informe) también admitió a preguntas de las partes en el plenario que en la aprobación inicial por parte del Ayuntamiento "Avance de asentamientos existentes en el término municipal de Córdoba" dicha parcela de la hoy acusada se encontraba dentro del ámbito del Asentamiento numerado como 54, "El Alcaide Vía Férrea" señalando que si bien en un primer momento se incluye pero las vicisitudes después de un primer momento hace que se delimite de otra manera, lo cuál entendemos redundante en la conclusión a la que llega esta Juzgadora de que no considerar la conducta de la acusada como objetivamente grave que haya originado una consecuencia trascendente para la ordenación del territorio, integradora del ilícito penal que nos ocupa, atendido el hecho no negado por



el propio Arquitecto Técnico a preguntas del Letrado de la defensa en cuanto admitir que es un entorno de concentración de viviendas (como se aprecia en la documental fotográfica que se incluye en la causa) y se constata también de la declaración de los Agentes de Policía Local con números NUM000 y NUM001 que depusieron en el acto del plenario, quienes tras ratificar su informe denuncia señalaron que la casa estaba ya terminada y que en la ortofoto del año 2011 no aparece pero sí en la del año 2013, y que se trata de una zona catalogada como zona roja de especial protección suelo rústico, a preguntas de la defensa el primero de los Agentes admitió que la edificación de la hoy acusada está dentro del contorno de las edificaciones, que habrá 40 edificaciones aproximadamente, siendo que el segundo de los Agentes al ser preguntado por el Letrado de la defensa sobre cuál es el uso mayoritario de las edificaciones señaló que viviendas, admitiendo igualmente que la construcción se integra dentro del conjunto, afirmando que en ese camino (dónde se ubica la construcción de la acusada) es la última parcela que hay a la izquierda y casi todo el margen izquierdo está construido, que la mayoría de las construcciones son casas, no son trasteros o naves sino que son casas, habiéndose practicado a instancia de la defensa la testifical de Dña. Angustia, la cual señaló que es también propietaria de una edificación en el ámbito parcelación Vía Férrea, y que es Secretaria de la Asociación de Vecinos, que habrá unas 40 viviendas que tienen propietario y viven en ella, y que cuentan con determinados servicios como luz, toda la instalación, cometida medida bajo tierra y que agua no tienen que la tienen pedida al Ayuntamiento y que algunas de las casas tienen suministro de electricidad señalando que conoce la casa de la Sra. Salvadora y que está dentro de la parcelación, que está en la misma calle dónde ella tiene su edificación, extremos éstos como son la existencia de otras construcciones ó edificaciones ó el contar con determinados servicios que si bien " ab initio" no excluirían como así lo señaló el pleno no jurisdiccional de Magistrados de esta Audiencia Provincial de 10 de marzo de 2008, no es menos que en el mismo se establecía que "La mera existencia de construcciones previas en la misma zona, urbanización, asentamiento o parcelación, o la ampliación de un perímetro ya existente, no suponen por sí mismas exoneración de responsabilidad penal. Habrá de examinarse en cada caso concreto si esa nueva construcción supone un plus de degradación del territorio del suelo de los recursos naturales o del paisaje, o una utilización completamente irracional del territorio f, siendo que en el caso presente consideramos que dicha conducta de la hoy acusada Sra. Salvadora debe quedar exenta de responsabilidad penal, sin perjuicio de las medidas sancionadoras que la Administración pueda adoptar a fin de subsanar las mismas, atendido además el hecho evidenciador que reflejan las -fotos de que la edificación destinada a vivienda de la acusada es de una pequeña superficie en relación con el resto de edificaciones en cuyo entorno se encuadra, no habiendo supuesto la misma un plus de degradación para la zona que entendemos es una zona de construcciones ó edificaciones de uso mayoritario residencial consolidado, lo cual también se colige del informe pericial practicado a instancia de la defensa en la persona del Arquitecto D. Luis Alberto obrante a los folios 170 a 191 de los autos y que fue explicitado por el citado en el plenario, donde tras ratificarse en las conclusiones de su informe obrantes al folio 191 de los autos, señaló al ser preguntado por la defensa sobre las características urbanísticas de la parcelación: "Suelo transformado, viales parcelados y construido en un porcentaje alto y todas las redes de baja tensión ejecutadas y tienen luz varios vecinos, señalando que se trata de un núcleo de viviendas consolidado, que la construcción objeto de su dictamen en su opinión está dentro de las calles centrales" y preguntado por el Letrado de la defensa si la construcción de la Sra. Salvadora ha podido incidir en un deterioro, señaló "que estaba ya transformado, que al momento de la construcción aquello está transformado desde 2001, y las parcelas valladas."

Ha de insistirse además en la utilización como criterios interpretativos de las consecuencias que se siguen de los principios de intervención mínima y proporcionalidad; en concreto, del carácter fragmentario del Derecho Penal se desprende que su protección no alcanza a todos los bienes jurídicos sino sólo a aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, su tutela a las conductas que atacan de manera más intolerable tales bienes, de forma tal que actuará sus normas únicamente cuando el orden jurídico sólo pueda ser preservado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

En suma, entiende esta Juzgadora que ante las dificultades hermenéuticas referidas, se impone una interpretación restrictiva del art. 319 CP, reservándose la sanción penal para las acciones más graves y dañosas para la ordenación del territorio, procediendo en el caso de autos el dictado de una sentencia absolutoria, sin perjuicio de remitir testimonio de la misma a la Gerencia de Urbanismo u Organismo competente."

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Provincial revoca la absolución y condena a la autora de la obra señalando que:

"SEGUNDO.- La infracción, por indebida inaplicación, del artículo 319.2 y 3 del Código Penal

De una lectura atenta de la parte jurídica de la sentencia dictada por la jueza de lo Penal que viene a justificar la absolución de la acusada, se desprende que los argumentos empleados por la misma son tres y complementarios:



1º. El hecho de construir una casa de 40 metros cuadrados, en sí mismo considerado, no es grave para la ordenación de un territorio.

2º. La acusada no contribuye de manera trascendente a la degradación del territorio cuando resulta que en donde ha levantado una pequeña vivienda está repleto de edificios que han generado la desordenación del territorio por una utilización irracional del suelo al margen de los intereses generales.

3º. Los principios procesales de intervención mínima y proporcionalidad que informan el derecho penal justifican que este no reaccione ante conductas ilegales que no son graves para la convivencia.

El Ministerio Fiscal combate esa argumentación aduciendo que el relato fáctico consolidado por la jueza de lo Penal ha de derivar inexorablemente en la condena de la acusada que fue absuelta porque la construcción por ella efectuada, además de ser administrativamente ilegal, contribuye a la degradación del territorio y merece la sanción correspondiente de la jurisdicción penal.

Tiene razón el Ministerio Público porque la conducta de esta mujer que se describe en la narración histórica de la sentencia impugnada, y que aquí se reproduce literalmente, da vida al ilícito penal contemplado por el artículo 319.2 del Código Penal a la fecha en que se produjo la construcción de la casa.

Tal precepto legal sancionaba penalmente entre los años 2011 y 2013 a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable, sanción que sigue estando contemplada por esa misma norma tras la reforma operada en ella por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

Y en el relato fáctico de la sentencia de la primera instancia aparece que:

1º) La acusada construyó una edificación (vivienda) de 40 metros cuadrados, aproximadamente, de superficie, y que estaba destinada a ser habitada.

2º) Tal construcción ni fue autorizada ni es autorizable.

3º) La vivienda se levantó en suelo no urbanizable especialmente protegido.

A partir de ahí, los argumentos jurídicos que sostienen el veredicto absolutorio de la primera instancia no pueden compartirse por esta Sala.

Por un lado es bueno recordar que nuestro Tribunal Supremo (sentencia de 20 de julio de 2017, por todas) ha reconocido con carácter general que la conducta descrita es penalmente típica y sancionable aún cuando en el lugar en que se levantara la casa ilegal hubiera otras viviendas cuyos promotores y constructores también incurrieran en ilegalidad urbanística, toda vez que el principio de igualdad ante la ley no cubre un hipotético "derecho a la igualdad en la ilegalidad", o "igualdad contra ley", de suerte que nadie puede pretender garantizar su impunidad al socaire de la impunidad de otros, ya que cada cual responde de su propia conducta con independencia de lo que ocurra con los demás. Así lo ha recordado también este tribunal en diversas resoluciones en que se planteaba idéntico debate al que aquí se ha suscitado (sentencias de 2 de octubre de 2013 y de 9 de abril de 2018, por todas). Tanto más cuando resulta que la construcción de la nueva vivienda en un espacio prohibido en que se han levantado otras casas y edificios ilegales, pone de manifiesto no sólo la patente vulneración del bien jurídico protegido, que es la ordenación del territorio como valor meramente formal, sino, incluso, la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general, que es ya un valor sustantivo que conoce bien la acusada.

Por otra parte, es preciso afirmar que la construcción de la casa levantada ni fue autorizada administrativamente, ni siquiera es autorizable, porque está ubicada en un paraje del territorio de Córdoba especialmente protegido por razón de interés general, interés que se trasluce en un adecuado planeamiento urbanístico que garantice la ordenación de los edificios que se construyan, y la viabilidad de los servicios públicos inherentes, en evitación de un irracional y descontrolado uso del suelo que pueda generar problemas de todo tipo para sus habitantes.

Finalmente, reconocer que con la construcción de una pequeña vivienda destinada a ser usada para la vida familiar de manera permanente en un territorio ya degradado por la concurrencia de otros edificios levantados de manera igualmente ilegal, la acusada, además de quebrantar la legalidad urbanística que ilumina la convivencia en igualdad de los habitantes de un territorio, está contribuyendo a aumentar tal degradación para beneficio propio, con lo que no se puede decir que a los ojos del derecho penal su intervención sea intrascendente porque al caos urbanístico de la parcelación en que se ubica su casa ha contribuido ella con una cuota de la que tiene que responder en proporción a la misma, lo que será de interés a la hora de fijar la pena justa que le corresponde y de determinar si procede o no la demolición de su casa, pero no ciertamente a eximirla de responsabilidad en los términos que se dicen en la sentencia impugnada. Y es que el derecho penal,



que está llamado por antonomasia a velar por el mínimo del mínimo ético social, debe de intervenir cuando la convivencia humana se rompe de manera drástica por quienes sin escrúpulos de tipo alguno y al margen de la legalidad vigente promueven ataques graves contra ella y deciden asentarse, con pretensión de continuidad, en lugares no permitidos o prohibidos por la planificación urbanística existente que es expresión de una norma democráticamente aprobada y que trata de velar por valores básicos y primarios de esa convivencia.

En conclusión, el recurso de apelación ha de ser estimado porque la acusada debe de ser condenada como autora de un delito contra la ordenación del territorio -en los términos que de inmediato se dirán- al haber levantado una pequeña casa en lugar prohibido y contraviniendo gravemente la legalidad urbanística vigente, lo que hace con libertad y voluntad aún consciente de la ilegalidad que ejecutaba.

TERCERO.- La condena de Salvadora como autora de un delito contra la ordenación del territorio en el que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Como acabamos de decir, Salvadora comete un delito contra la ordenación del territorio que está previsto en el artículo 319.2 del Código Penal. A este delito la ley penal le anuda 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.

Al respecto, el Ministerio Fiscal solicitó en su día las penas de un año y seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de 20 meses a razón de 12 euros diarios con la responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de profesión u oficio relacionado con la promoción y construcción de viviendas por tres años.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que la casa construida está dedicada a satisfacer las necesidades vitales de vivienda de una familia con carácter permanente y que su dimensión es mínima, y que además la casa se construyó por una persona sin antecedentes penales en un territorio ya de por sí degradado urbanísticamente, este tribunal escoge como sanción para la mujer las siguientes penas, que son las mínimas posibles que ofrece la norma:

- a) La de un año de prisión;
- b) La de multa de doce meses con la cuota diaria de ocho euros -cuota de las menores posibles y por desconocerse la real capacidad económica de la persona que va a ser condenada partiendo de la base de contar con la suficiente para levantar una modesta casa-, multa cuyo impago se convertiría en responsabilidad personal subsidiaria a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas tal y como impone el artículo 53,1 del Código Penal;
- c) La de inhabilitación especial tanto para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena -exartículo 56 del mismo Código-, como para el ejercicio del derecho de profesión u oficio relacionado con la promoción y construcción de viviendas -durante un año-.

CUARTO.- La casa ilegal construida por la acusada que va a ser condenada no merece ser derribada.

Tratamiento aparte merece la demolición de la casa construida por la acusada que va a ser condenada que propone el Ministerio Fiscal para la reposición del territorio contra el que se atentó a su estado originario. Se trata de una consecuencia civil derivada del delito a la que el párrafo tercero del artículo 319 del Código Penal dota de unos contornos específicos.

El punto de partida está en que, como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2018, la demolición de lo construido es la regla general para reparar el daño efectivamente causado, de suerte que cualquier alegación a contrario ha de ser acreditada fehacientemente y contar con fundamentos sólidos para su reconocimiento por ser la excepción. Esto no quita para que circunstancias como la gravedad del hecho, la naturaleza de la construcción y su destino, el carácter autorizable de la misma, o la cualidad del terreno en que se ha llevado a cabo y la contribución a la degradación medioambiental de la edificación, puedan servir para valorar la proporcionalidad o no de la reacción del derecho penal ordenando la demolición a costa del infractor.

En el caso de autos, tenemos que la infractora promueve la construcción de una vivienda básica y de dimensiones reducidas -40 metros cuadrados, aproximadamente- para satisfacer su necesidad de residencia permanente junto a su familia, una edificación que se levanta en una parcelación ilegal que está sembrada de casas y edificios de distintas utilidades, con lo que la demolición que se postula por el Ministerio Público es desproporcionada porque acabaría causando un perjuicio excesivo al derecho constitucional no fundamental que tiene la infractora a una vivienda digna, como es el quedarse sin un techo donde vivir junto a su familia al



obligarle a destruir la casa ilegal que habita para reponer a su estado primigenio un territorio que está colmado de edificios ilegales como el que ella construyó y que no han sido derribados."

Pues bien, en el recurso del Fiscal se considera que se debió acordar la demolición de lo construido ex art. 319.3 CP y que no es criterio para no llevarlo a cabo que lo construido sea para vivienda habitual familiar, pequeña y entre otras edificaciones consolidadas. No comparte el criterio de la Audiencia de que la medida de la demolición sea desproporcionada y que vulneraría el derecho a la vivienda.

Entiende el Fiscal que "la demolición es una consecuencia civil y una obligación de hacer derivada del delito que conecta con el artículo 109 y siguientes del código penal relativo a la reparación del daño, ya que sin esa demolición la voluntad del infractor prevalece sobre la ley. No puede consolidarse la edificación realizada legalmente por haberse destinado a vivienda, ya que conlleva que la edificación ilegal sea rentable al infractor y erosiona la confianza de la norma jurídica por la sensación de impunidad que se produce y es denunciada por ciudadano y asociaciones. El hecho de que existen otras edificaciones en la zona de mayor envergadura no puede conducir a descartar la demolición del edificado. Mantener la no demolición supone un efecto llamado que multiplica las construcciones en la zona al saber que no se va a proceder a su derribo y supone un acto contrario derecho que no puede amparar a los infractores de la normativa urbanística.

La demolición será siempre proporcionada cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado por el delito sin que el destino de la vivienda a la familia sea excusa para no proceder a la demolición.

Entiende el Fiscal que solo acordando la demolición de lo ilegalmente construido se puede restaurar la legalidad urbanística quebrantada por el delito, y si la Audiencia Provincial considera que los hechos probados son constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio debe haber una respuesta ajustada derecho aplicando el apartado nº 3 del citado artículo 319 ordenando al infractor a la demolición de la obra".

Expuesta la motivación del Fiscal en su recurso hay que señalar que recoge el art. 319.3 CP que: *3. 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.*

Pues bien, este precepto fue objeto de reforma en virtud de la LO 1/2015 adicionando la mención relativa a que *"...y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas."*

Resulta importante destacar la importancia del contenido que ahora se analiza, en tanto en cuanto el apartado 3º del art. 319 CP, no aplicado por la Audiencia Provincial, y ahora recurrido por el Fiscal viene a dar efectividad al contenido de los arts. 109 y 110 CP en cuanto a la obligación de reparación y restauración del daño causado que en este caso lo es a la propia ordenación del territorio.

Pero esta consecuencia jurídica debe entenderse con relación al bien jurídico protegido en los delitos contra la ordenación del territorio, ante lo que se debe recordar que el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo (SSTS, Sala 2.ª, núm. 363/2006, de 28 de marzo y núm. 529/2012, de 21 de junio) "es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general", concretando que "en el delito urbanístico no se tutela la normativa urbanística -valor formal o meramente instrumental- sino el valor material en la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de utilización racional del medio orientada a los intereses generales (arts. 45 y 47 CE), es decir de utilización racional como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general.

La mejor doctrina apunta que se trata, así, de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o en menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la existencia de la intervención de los Poderes Públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra nuestra Constitución.

Quiere esto decir, que la consecuencia de la demolición de lo ilegalmente construido debe enmarcarse en este contexto de conseguir la protección final que se trata de tutelar con estos tipos penales, como es que no se construya en estos lugares, y que, como consecuencia de ello, que, si se lleva a cabo, no pueda existir una especie de *aprovechamiento del delito*, si el juez no acordara la demolición y permitiera al infractor penal condenado por sentencia firme mantener la obra ilegal y disfrutar de ella.



La demolición no es una consecuencia accesoria ni una sanción añadida al delito principal. Se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito que, como tal, puede llevar consigo un pronunciamiento de responsabilidad civil asociado a la reparación de los daños causados ad personam.

Sería algo así como disfrutar de las consecuencias del delito, considerando que no existe un perjudicado individual, cuando lo acaba siendo la colectividad, y el territorio protegido en sí mismo, que se viola con la obra ilegal permitida finalmente en su ejecución si no se procede a la demolición.

Sin embargo, no se puede considerar la demolición como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario, lo que lleva a entender la demolición como una *consecuencia jurídica del delito*, aunque es cierto que una vez acordado se ubica en la reparación del daño causado al territorio y a su ordenación, concepto que entra ya en la responsabilidad civil dentro de la restauración del daño causado al territorio que debe ser respetado en su propia configuración y prohibición de construir donde no está permitido.

Por ello, hemos considerado que se crea aquí un híbrido entre la pena y la responsabilidad civil derivada del delito y, a pesar de invocar los artículos 109 y 110 CP que regulan la responsabilidad civil derivada de un delito, y no obstante reconocer que la obligación de demoler, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, pero niega a ésta dicha consideración y se tipifica como "consecuencia civil, obligación de hacer, consecuencia jurídica delito"

La demolición de la obra posee un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio, pero entra en respuesta del juez al reproche del ilícito como consecuencia jurídica del delito.

Sobre ello, la doctrina ha apuntado que uno de los grandes problemas que plantea la delincuencia urbanística es el de su rentabilidad, la persistencia de los efectos en el espacio y en el tiempo del delito cometido, con la afectación indudable que ello implica sobre el medio y la afectación del bien jurídico que, en definitiva, se pretende tutelar con la tipificación penal de estas conductas (las referidas en los apartados 1.º y 2.º del precepto), importando a esta esfera la tradicional medida ya contemplada en la legislación administrativa urbanística a propósito de la restauración y restablecimiento de la legalidad urbanística conculcada.

Está claro que el art. 319.3 CP viene a exigir que no puede hablarse de una especie de automatismo en la aplicación de la demolición de la obra ilegal, ya que señala que *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*. Pero ello no convierte en que sea la excepción la demolición, sino que se deberá explicitar en la sentencia la medida.

Es evidente, pues, que se precisa de una adecuada motivación, pero tanto para conceder como para denegarla.

En cualquier caso, no sería admisible que este precepto penal permitiera mayor discrecionalidad en este punto, como apunta la mayoría doctrinal, y, con ello, una mayor laxitud ante los ataques más graves (los que competen a la jurisdicción penal) que ante los más leves (los que competen a la contencioso- administrativa).

En consonancia con ello, y aunque se reconozca el carácter no preceptivo de la orden de demolición, debe realizarse, pues, una interpretación restrictiva de la potestad que el legislador confiere al juez penal en este punto, de modo que éste sólo podrá dejar de ordenar la demolición en supuestos muy excepcionales, lo que sucederá, por ejemplo, cuando la demolición de la obra ilegal pueda llegar a causar un perjuicio a los bienes jurídicos mayor que su mantenimiento, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en los casos de terceros adquirentes de la obra, lo que dio lugar a las matizaciones que introdujo la LO 1/2015 en el apartado 3º.

Con ello, debe huirse de una posible conclusión que abogara por un resultado de que no haya obligación de demolición respecto de las infracciones urbanísticas más graves, que son aquellas en las que se ha derivado a la vía penal la construcción por reunir los elementos del tipo penal y cometer un delito contra la ordenación del territorio, pero sí en relación con los casos menos graves, los que caen dentro del ámbito del Derecho administrativo urbanístico.

La demolición ha de acordarse tan pronto se constate la existencia de la obra y ésta sea no autorizable y no legalizable.

Pero es que, en cualquier caso, el texto penal adiciona una referencia doble a la evitación directa de la demolición, a saber:

- a.- La condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas.
- b.- En todo caso se dispondrá el decomiso de las ganancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.



Se permite, con ello, el abono de garantías para evitar la demolición en el caso de adquirentes, por ejemplo. O, en su defecto, se añade que "en todo caso" se dispondrá el comiso.

Se otorga, pues, una medida de consignación para evitar la demolición, y en su defecto de demolición, el comiso. Todo ello para evitar que la infracción, no solo administrativa, sino lo que es más grave, penal sea un beneficio para el infractor, a fin de "consolidar" lo ilegalmente construido por el delito cometido.

Debe aceptarse y consolidarse como regla general, como ya hemos señalado en doctrina que más tarde se relaciona, que en el caso de que se aprecie un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo, la demolición debe ser la regla general y que la demolición es definible como una consecuencia, una obligación de hacer derivada del delito, que conectaría con lo dispuesto en los arts. 109 y siguientes del CP relativos a la reparación del daño con las matizaciones antes expuestas.

De ello derivan importantes consecuencias, pues la reparación del daño, en la forma de demolición de la construcción no autorizada, se erige en la regla general, tal como literalmente impone el art. 109.1º del CP, lo que supone que la lectura del art. 319.3º del CP no se puede interpretar en clave de mera potestad atribuida al órgano jurisdiccional, dado el carácter ineludible que define a este tipo de medidas.

Es necesario tener en cuenta, por ello, que la orden de demolición en el fallo penal deriva de la propia naturaleza de la medida de reposición de la ilegalidad cometida.

Pero no se puede admitir la praxis de remitir a la ulterior actuación administrativa la demolición, lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales. Y tampoco es factible, por ello, argüir la impunidad administrativa, o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 443/2013 de 22 May. 2013, Rec. 1731/2012: Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 443/2013 de 22 May. 2013, Rec. 1731/2012).

Esto entra de lleno en la situación que aquí ha fijado la Audiencia Provincial de que no se acuerda la demolición, "porque había otras construcciones ilegales", lo que no puede ser argumento que permita "construir ilegalmente en suelo no autorizable", ser condenado, para, más tarde, conservarse y poder usar el inmueble ilegalmente construido. Ello sería tanto como entregar un auténtico "cheque en blanco" y una llamada para que quien conozca zonas donde la autoridad no ha intervenido, aunque se trate de suelo no urbanizable, se puedan hacer obras, ser condenado por ellas, pero no ordenarles el juez penal que procedan a la demolición. Esto sería un auténtico contrasentido y un arma a utilizar para destruir la propia ordenación del territorio.

Incluso debe tenerse en cuenta que detectada la infracción penal, e incoado el procedimiento judicial, una de las medidas que le amparan al infractor penal de que se le imponga una pena inferior es la de proceder él mismo a la demolición, ya que el art. 340 CP dentro de las Disposiciones Comunes anima a que se proceda a esa demolición para restaurar el orden jurídico vulnerado de quien delinque, al disponer que "Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas."

Lo que es un contrasentido, como decimos, es que construyendo ilegalmente en aplicación de una conducta tipificada en los apartados 1 o 2 del art. 319 CP, el infractor no solo no lo reconozca, sino que inste la medida civil de que se le deje residir en la vivienda ilegal, "pese a que se reconozca la existencia del delito".

Además, señalar, como hemos expuesto, que si existen otras ilegalidades en la zona no se debe demoler no es admisible. No es argumento suficiente para no acordar la demolición.

Vamos a relacionar cuál es la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo sobre la demolición ex art. 319.3 CP.

1.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 901/2012 de 22 Nov. 2012, Rec. 194/2012

Apuesta por la demolición, incluso aunque el inmueble sea de la titularidad de la esposa del condenado señalando que: "El hecho de que la titularidad de la vivienda corresponda a la esposa del que recurre no es, en efecto, obstáculo a la ejecución de la medida, cuando el propio Código Penal prevé que el coste de la misma corra en todo caso a cargo del autor del hecho punible, de lo que se infiere que la propia ley opera con la previsión de casos como éste, en los que la responsabilidad penal no recae directamente en el titular del inmueble fuera de norma."

Incide en el carácter de regla general de la demolición sin perjuicio de reconocer simultáneamente <<un marco de limitada discrecionalidad en la modulación por los tribunales de tal deber legal>>.

Señala que:



"La prescripción del art. 319,3º Cpenal 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 ss. Cpenal 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 Cpenal, 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. Y tal debe ser, pues, la clave de lectura del precepto del art. 319,3º Cpenal (aquí, en su redacción anterior) sobre cuya interpretación se discute.

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 Cpenal. Por eso, el art. 319,3º Cpenal 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.

2.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 443/2013 de 22 May. 2013, Rec. 1731/2012

Apuesta por la demolición entendiéndose que 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, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, y que siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición, y que podrían 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 norma la edificación o construcción

"Según la doctrina mayoritaria se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el art. 110 CP. 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, y debe evitarse la creación de penas en los delitos de la parte especial -Libro II- que no estén previstas como tales en el catálogo general de penas de la parte General - Libro I- ni se puede considerar como responsabilidad civil derivada del delito, dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario. 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.

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 ni el tenor literal del art. 319.3 vigente al momento de los hechos, ni la redacción actual del mismo, operada tras la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, permiten afirmar que la demolición de lo construido sea la consecuencia obligada, necesaria e ineludible de la comisión de un ilícito de esta naturaleza. 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"- sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona "en cualquier caso" se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, 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 sólo intereses económicos, 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...

Así por regla general, la demolición deberá acordarse cuando conste patentemente que la construcción 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, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador que es quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas, cuáles caben ser los límites de la intervención del derecho penal, ni tampoco al de proporcionalidad, pues siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado; tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa tal demolición; lo que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la histórica ineficacia de la administración para proteger adecuadamente ese interés general que representa el valor colectivo de la ordenación del territorio.

Conforme a estas ideas podrían 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 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, puede insertarse que las obras de potencial demolición se encuentran en área consolidada de urbanización, pero no puede extenderse esa última excepción a tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal; pues de acceder a ello no solo se consagrarían todas las negativas consecuencias sino que incluso se consumaría un nuevo atentado a la colectividad beneficiándose los infractores en el futuro de servicios de saneamiento y otros de carácter público que les habrían de ser prestados, en detrimento de quienes adquirieron el suelo a precio de urbano, con repercusión de tales servicios y acometieron la construcción con los oportunos proyectos y licencias, amén de que la eficacia de las normas no puede quedar indefinidamente al albor de posibles cambios futuros de criterio -lo que llevado a sus últimas consecuencias-, obligaría a suspender la mayoría de las sentencias, ante la posibilidad o el riesgo de que el legislador modifique los tipos correspondientes o incluso despenalice la conducta.

Fuera de estos casos debe entenderse que la demolición es del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado y obviamente no es argumento de suficiente entidad frente a ello que no puede repararse todo el daño causado genéricamente en la zona por existir otras construcciones en la misma, pues ello supondría una torticera interpretación de la normativa urbanística en vigor con la finalidad de alterar el régimen jurídico del suelo -suelo urbano donde no lo había- y posibilitar luego una consolidación de las edificaciones con una apariencia de legalidad y con afectación de terceros de buena fe -los posibles compradores-. No es factible por ello argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.

En resumen debe entenderse que la decisión sobre si ha de acordarse o no la demolición ha de ponerse en relación con la naturaleza misma de estos delitos y con la respuesta general del ordenamiento jurídico respecto de la restauración de la legalidad urbanística.

Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que ha de ser contemplado como infracción penal y como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales



ha de dar respuesta y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones de esta materia refiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo.

El recurrente parece construir una incompatibilidad entre la naturaleza supraindividual del bien jurídico protegido -la ordenación del territorio- y la posibilidad de que el legislador imponga una reparación individualizada de los daños necesarios para el restablecimiento del bien ofendido por el delito. Sin embargo, nada impide que el órgano jurisdiccional acuerde la demolición y, con ella, la reparación de los perjuicios que aquélla pueda traer consigo en terceros de buena fe.

La demolición no es una consecuencia accesoria, tampoco una sanción añadida al delito principal. Se trata de una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito que, como tal, puede llevar consigo un pronunciamiento de responsabilidad civil asociado a la reparación de los daños causados ad personam."

3.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 529/2012 de 21 Jun. 2012, Rec. 2261/2011

La demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada son medidas que poseen un carácter civil más que penal. Se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

El bien jurídico a proteger será la ordenación del territorio, pero no exclusivamente la "normativa" sobre la ordenación del territorio en la medida en que la propia actuación sancionadora de la administración ha resultado ineficaz al no haber podido asegurar la vigencia del ordenamiento en esta materia.... Se trata así de un bien jurídico comunitario de los denominados "intereses difusos", pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica -en mayor o menor medida- a toda una colectividad. Su protección -entiende la doctrina más autorizada- se inscribe en el fenómeno general de incorporación a la protección penal de intereses supraindividuales o colectivos y que obedece a la exigencia de la intervención de los Poderes públicos para tutelar estos intereses sociales, en congruencia con los principios rectores del Estado Social democrático de derecho que consagra nuestra Constitución."

Una vez que el legislador, por la mayor entidad del hecho, ha dispuesto que el hecho ha de ser contemplado como infracción penal y no como un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales, ha de dar la respuesta, y ello tanto en lo que se refiere a la pena como a las demás consecuencias del delito, sin que el órgano de la jurisdicción penal competente pueda eludir sus obligaciones en esta materia difiriendo parte de la reacción jurídica a un futuro expediente administrativo que no se sabe con qué bases podría iniciarse.

4.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 816/2014 de 24 Nov. 2014, Rec. 698/2014

Aprueba la demolición de la obra.

"El recurrente alega en este caso que la decisión de demoler las obras construidas en la parcela no se halla debidamente motivada, a pesar de que el propio art. 319.3 del C. Penal afirma que se trata de una medida de carácter facultativo, lo que obligaría a esmerarse todavía más en la fundamentación de la decisión.

Aquí vuelve a incidir la parte en el argumento de que hay otras construcciones similares y de mayor envergadura en la zona, remarcando que la entidad de lo edificado no genera impacto ambiental de carácter significativo. Por lo cual, considera la medida de la demolición desproporcionada y tremendamente injusta, especialmente si se pondera que la conducta debió incardinarse -a su entender- en una mera infracción administrativa.

La reparación en la forma de demolición de la construcción será, en principio, la regla, porque es a lo que literalmente obliga el art. 109 C. Penal. Por eso, el art. 319.3 no podría considerar 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 que con ella concuerdan 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.

Nos hallamos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se halla ubicada la parcela y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección (obras ilícitas, por tanto, no autorizables ni legalizables), constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido, avalando así el criterio seguido por la resolución impugnada."

5.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 854/2016 de 11 Nov. 2016, Rec. 794/2016

"Dijeron en la instancia y repiten ahora los recurrentes que la vulneración del principio de proporcionalidad "se hace evidente en la medida de que dicha resolución provoca un resultado profundamente injusto, que no



logra la consecución de ningún fin de interés público o general, y que a las únicas personas que castiga es precisamente a las víctimas de los delitos cometidos "para, a continuación, derivar el discurso argumentativo en una acerada crítica contra todo tipo de autoridades ajenas al presente procedimiento. Incidiendo los recurrentes en el argumento de que, al parecer, hay otras construcciones similares y de mayor envergadura en la zona. Por lo cual, considera la medida de la demolición desproporcionada y tremendamente injusta.

El principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga y los medios que se empleen para alcanzarlo. La STS de la Sala Tercera de 28 de abril de 2000 (rec. nº 369/95), en un supuesto en que se alegaba el principio de proporcionalidad relacionado con la demolición acordada en la vía administrativa, califica este principio como esencial en el Estado Social de Derecho con un relieve constitucional manifestado, especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas, en la esfera de los particulares, de modo que consentida una intervención por razón del interés público, con la cobertura legal necesaria, será preciso preguntarse "si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que la pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta favorable a la esfera de libertad del administrado". Concluye señalando que el cumplimiento de las exigencias del principio se producirá en caso de respuesta positiva a esas preguntas.

Por su parte la Sentencia, también de la Sala Tercera, de 28 de marzo de 2006, ha insistido en la inaplicabilidad del principio de proporcionalidad al señalar que: "Esta Sala del Tribunal Supremo ... ha declarado reiteradamente que en los casos de actuaciones contrarias al planeamiento urbanístico es imprescindible restaurar la realidad física o transformada por la acción ilegal, de manera que no existe la posibilidad de optar entre dos o más medios distintos y no es, por tanto, aplicable el principio de proporcionalidad

Está claro que nos encontramos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se halla ubicada la parcela y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de especial protección (obras ilícitas, por tanto, no autorizables ni legalizables), constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido".

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 73/2018 de 13 Ene. 2018, Rec. 882/2017

"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."

7.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 586/2017 de 20 Jul. 2017, Rec. 2395/2016

"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, sin que quepan aquí referencias al principio de intervención mínima, que no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador, que es a quien incumbe mediante la fijación en los tipos y las penas fijar los límites de la intervención del derecho penal. Por lo demás, siempre será proporcionado acordar la demolición cuando sea la única vía posible para restaurar el orden quebrantado. Y tampoco puede aceptarse la tesis de remitir a la ulterior actuación administrativa la demolición; opción que entrañaría una injustificada dejación de la propia competencia de los tribunales penales y reincidiría procesalmente en la propia causa que generó, según explícita confesión del legislador, la protección penal, cual es la 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 22-11).

A tenor de los criterios jurisprudenciales precedentes, es claro que nos hallamos ante un caso en que la gravedad de la infracción urbanística, la reversibilidad de la obra construida, la condición de espacio natural protegido en que se hallan ubicadas las parcelas y la calificación urbanística de suelo no urbanizable de



especial protección (obras ilícitas, por tanto, no autorizables ni legalizables), constituyen circunstancias más que suficientes para acordar la demolición de lo construido, avalando así el criterio seguido por la resolución impugnada."

8.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 691/2019 de 11 Mar. 2020, Rec. 306/2018

"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."

9.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 403/2020 de 17 Jul. 2020, Rec. 2432/2018

En esta sentencia se desestimó el recurso del Fiscal que propugnaba la demolición señalando que no procedía la demolición por: 1º el suelo es rústico común, no de especial protección, 2º la agresión es mínima, despreciable -casetas prefabricadas sobre pilones-, pero rechazando el argumento de que está rodeada de otras de mayor fuste y agresividad, lo que supondría un agravio comparativo como elemento para denegar la demolición señalando que *El motivo tercero no puede ser tenido en cuenta a la hora de establecer la excepción al principio general, ya que como pusimos de relieve en la sentencia 691/2019, 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.*

En el presente caso se trataba de una vivienda y se llevó a cabo en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir.

Criterios a tener en cuenta a la hora de decidir sobre la demolición de la obra ilegal ex art. 319.3 CP .

Por todo ello, podemos fijar una serie de parámetros a tener en cuenta en estos casos, cuando se vaya a adoptar la decisión de la demolición ante un delito contra la ordenación del territorio, a saber:

1.- Con la demolición de la obra o reposición a su estado originario a la realidad física alterada se trata de restaurar la legalidad, de volver a la situación jurídica y fáctica anterior a la consumación del medio.

2.- No puede apuntarse que la demolición es una medida excepcional en el contexto del art. 319.3 CP, sino que es la forma de restaurar el orden alterado en el territorio.

3.- La regla general en estos casos es que 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"

4.- La demolición no tiene un carácter imperativo e ineludible sin más, y no cabe el automatismo en una decisión de esta naturaleza por el hecho de que exista el delito. De ahí la referencia a la exigencia de motivar su adopción, exigencia que tiene un doble recorrido, pues también debe el Tribunal penal motivar su decisión cuando deniegue la solicitud formulada en tal sentido por alguna de las partes del proceso.

5.- No obstante, en el caso que se aprecie un delito contra la ordenación del territorio y urbanismo, la demolición debe ser la regla general. La demolición es definible como una consecuencia civil, una obligación de hacer derivada del delito, que conectaría con lo dispuesto en los arts. 109 y siguientes del CP relativos a la reparación del daño. De ello derivan importantes consecuencias, pues la reparación del daño, en la forma de demolición de la construcción no autorizada, se erige en la regla general, tal como literalmente impone el art. 109.1º del CP



- lo que supone que la lectura del art. 319.3º del CP no se puede interpretar en clave de mera potestad atribuida al órgano jurisdiccional dado el carácter ineludible que define a este tipo de medidas.
- 6.- 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"- sólo podemos interpretarlo en el sentido de que cuando el legislador menciona "en cualquier caso" se está refiriendo a que tanto los supuestos a los que se refiere el núm. 1º del precepto como los del núm. 2º, cabe la posibilidad de la demolición."
- 7.- Tras la reforma por LO 1/2015 del CP se podrá ahora condicionar la demolición por parte del juzgador penal a la constitución de garantías que aseguren el pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe por parte del responsable civil, todo ello en función de las circunstancias concurrentes y oída la Administración competente, lo que no implica sino una nueva limitación (de carácter temporal) a la aplicabilidad judicial de la medida de demolición.
- 8.- Aunque se reconozca el carácter no preceptivo de la orden de demolición, debe realizarse, pues, una interpretación restrictiva de la potestad que el legislador confiere al juez penal en este punto, de modo que éste sólo podrá dejar de ordenar la demolición en supuestos muy excepcionales.
- 9.- No podemos concluir que la infracción puede ser rentable si el infractor penal detecta que la medida general es la no demolición una vez que la obra ilegal está hecha. Si se lleva a cabo la infracción no puede existir una especie de *aprovechamiento del delito* si el juez no acordara la demolición y permitiera al infractor penal condenado por sentencia firme mantener la obra ilegal y disfrutar de ella. Sería algo así como *disfrutar de las consecuencias del delito* sin ninguna respuesta del Estado de derecho a lo ilegalmente construido más que la propia permisividad de *disfrutar de las consecuencias del delito*.
- 10.- La demolición evita que la infracción, no solo administrativa, sino lo que es más grave, penal sea un beneficio para el infractor, a fin de "consolidar" lo ilegalmente construido por el delito cometido. Y, además, que se produzca un "efecto llamada" para optar por la construcción ilegal en aquellos lugares en donde se prevea que aunque se les condene no se procederá a la demolición, lo que repercutiría en potenciar la ilegalidad urbanística por zonas concretas.
- 11.- No puede admitirse el criterio favorecedor de no demoler por construir ilegalmente y no se proceda a la demolición porque la casa es para residencia habitual. El derecho a utilizar una residencia habitual debe llevarse a cabo dentro de los cauces legales, no dentro de los cauces ilegales.
- 12.- No cabe admitir el derecho a la vivienda del infractor como argumento para construir ilegalmente con el amparo de que luego no se va a proceder a demoler lo indebidamente construido, y que se va a consolidar la vivienda para el infractor.
- 13.- No puede ampararse la idea de que si ya hay obra ilegal se puede llevar a efecto otra sin sanción de demolición.
- 14.- Es necesario tener en cuenta que la orden de demolición en el fallo penal deriva de la propia naturaleza de la medida de reposición.
- 15.- Es un contrasentido que construyendo ilegalmente en aplicación de una conducta tipificada en los apartados 1 o 2 del art. 319 CP, el infractor no solo no lo reconozca, sino que inste la medida civil de que se le deje residir en la vivienda ilegal, "pese a que se reconozca la existencia del delito".
- 16.- En puridad, la demolición no se trata de una pena ni de una responsabilidad civil derivada del delito, sino de una consecuencia jurídica del delito. Se crea aquí un híbrido entre la pena y la responsabilidad civil derivada del delito y, a pesar de invocar los artículos 109 y 110 CP que regulan la responsabilidad civil derivada de un delito, y no obstante reconocer que la obligación de demoler, se inscribe en el contexto normativo de las responsabilidades civiles derivadas del delito, pero niega a ésta dicha consideración y se tipifica como "consecuencia civil, obligación de hacer, consecuencia jurídica delito"
- 17.- Con ello, esta medida es una auténtica sanción como consecuencia del delito, aunque se trate de una medida de carácter reparatorio, pero de la propia ordenación del territorio. En el ámbito de la política criminal la demolición es medida disuasoria. No se trata de una pena, pues no está recogida en el catálogo de penas del CP sino una medida ligada a la reparación.
- 18.- La demolición ha de acordarse tan pronto se constate la existencia de la obra y ésta sea no autorizable y no legalizable.
- 19.- Se han apuntado, también cinco argumentos de peso a favor de la consecuencia de la demolición en los delitos del art. 319 1 y 2 CP, a saber:



- a.- Se trata de una obligación legal, de hacer a su costa
- b.- De un acto ilícito no puede nacer un derecho
- c.- Por motivos de prevención general
- d.- No tiene sentido diferir la demolición a un procedimiento administrativo posterior que hasta el momento se ha mostrado ineficaz a causa de la conducta rebelde y delictiva del acusado.
- e.- Para reforzar a la ciudadanía que cumple con la normativa urbanística.

20.- Pueden citarse como excepciones:

- a) cuando se trate de mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa;
- b) cuando se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a la norma la edificación o construcción;
- c) en atención al tiempo transcurrido entre la realización de la obra y la fecha de la sentencia firme

21.- El que existan otras construcciones en la zona no es argumento suficiente para no acordar la demolición.

22.- No es factible, por ello, argüir la impunidad administrativa o desidia de los poderes públicos en su labor de policía urbanística para pretender que los jueces y tribunales no restablezcan la legalidad tratando de restaurar el bien jurídico protegido por el delito al estado en que se encontraba antes de ser lesionado.

En el caso concreto que analizamos, los argumentos de la Audiencia Provincial para no estimar viable la demolición fueron los siguientes:

- 1.- Se trata de una construcción de una vivienda básica y de dimensiones reducidas -40 metros cuadrados, aproximadamente- para satisfacer su necesidad de residencia permanente junto a su familia
- 2.- Es una edificación que se levanta en una parcelación ilegal que está sembrada de casas y edificios de distintas utilidades, con lo que la demolición que se postula por el Ministerio Público es desproporcionada
- 3.- De demolerse se acabaría causando un perjuicio excesivo al derecho constitucional no fundamental que tiene la infractora a una vivienda digna, como es el quedarse sin un techo donde vivir junto a su familia al obligarle a destruir la casa ilegal que habita para reponer a su estado primigenio un territorio que está colmado de edificios ilegales como el que ella construyó y que no han sido derribados.

Conclusiones en relación al caso concreto:

Pues bien, debe estimarse el recurso del Fiscal, habida cuenta los siguientes parámetros:

- 1.- No puede ampararse el autor de la infracción urbanística en que se trata de vivienda habitual, en tanto en cuanto resulta obvio que quien construye ilegalmente es porque carece de vivienda y la vivienda construida es para su destino como residencia habitual, no como segunda residencia, con lo cual el argumento relativo a que si es vivienda habitual no se procede a la demolición se debe rechazar.

No puede admitirse el criterio para construir ilegalmente y no se proceda a la demolición que la casa es para residencia habitual. Se reconoce que se ha construido una vivienda. Que se trate de una dimensión de 40 metros no permite avalar que no se proceda a su demolición si la obra está inmersa en la tipicidad penal por la que ha sido condenado. Es una obra ilegal en zona donde no se puede construir, con lo que no puede disponer de permisos de servicios y para la Administración está fuera de permisividad, pero se aprovecha de estar en un terreno donde la Administración no le cobrará canon y ejerce su residencia, frente al resto de ciudadanos que se ajustan a la legalidad vigente y no construyen donde no está permitido.

No puede otorgarse "carta de naturaleza" a quien infringe la norma y que quien respeta la legalidad compruebe que quien no lo hace no tiene una consecuencia de reproche y perpetúe su infracción aprovechándose de una obra ilegal. El derecho a utilizar una residencia habitual debe llevarse a cabo dentro de los cauces legales, no dentro de los cauces ilegales.

De ser este el criterio proliferaría el sistema de la construcción ilegal teniendo como objetivo convertirlo en vivienda habitual, poniendo como excusa la imposibilidad de obtener una vivienda social, o, simplemente, que no se tienen medios económicos para adquirir una vivienda en el mercado habitual y es más económico acudir al de la ilegalidad constructiva para poder residir y tener vivienda habitual.

- 2.- No cabe admitir el derecho a la vivienda del infractor como argumento para construir ilegalmente con el amparo de que luego no se va a proceder a demoler lo indebidamente construido, y que se va a consolidar la vivienda para el infractor.



El argumento relativo a que debe tenerse en cuenta el derecho a la vivienda del infractor urbanístico debe ser rechazado, por cuanto si fuera así los ocupantes de bienes inmuebles de forma ilegal se amparan en el mismo derecho a la vivienda para que no fueron expulsados del inmueble que han ocupado, teniendo que esperar el propietario del mismo a que la Administración Pública les provea de una vivienda donde puedan residir, con lo cual el argumento del derecho a la vivienda es insostenible en cuanto a la deliberación sobre si se procede a la demolición de la obra ilegalmente construida.

3.- No puede ampararse la idea de que si ya hay obra ilegal se puede llevar a efecto otra sin sanción civil de demolición.

De ser éste el criterio de mantenerse en estos casos lo construido ilegalmente se produce un "efecto llamada" para construir en estas zonas para consolidar lo construido con infracción ni tan siquiera administrativa, sino penal. Se trataría de un delito sin consecuencias sancionadoras, si más tarde la pena es suspendida por el juez.

En este caso concreto en el relato fáctico de la sentencia de la primera instancia aparece que:

1º) La acusada construyó una edificación (vivienda) de 40 metros cuadrados, aproximadamente, de superficie, y que estaba destinada a ser habitada.

2º) Tal construcción ni fue autorizada ni es autorizable.

3º) La vivienda se levantó en suelo no urbanizable especialmente protegido.

La demolición ex art. 319.3 CP debe ser la consecuencia del delito. No puede consolidarse lo construido en estos términos para continuar propiciando el "efecto llamada" en la zona, sino que es preciso actuar y proceder desde la prevención específica de que se conozca que la construcción ilegal llevará aparejada la demolición sin beneficio alguno para el infractor. El derecho a la vivienda no permite que esta se consiga "de cualquier manera", e infringiendo el ordenamiento jurídico, como ocurre con los delitos contra la ordenación del territorio y la ocupación ilegal de inmuebles.

En el presente caso se trataba de una vivienda y se llevó a cabo en suelo no urbanizable de especial protección por planificación territorial o urbanística en la Subcategoría Vega del Río Guadalquivir. La demolición es proporcional.

La situación declarada probada debe llevar como consecuencia la demolición, ya que los criterios de la sentencia para no acordarla no son admisibles, como se ha expuesto. La comisión de un delito no puede ser un beneficio consolidando la obra ilegal en este caso.

El motivo se estima.

TERCERO.- Estimándose el recurso, las costas se declaran de oficio.

FALLO

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

DECLARAR HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto por el Ministerio Fiscal, con estimación de su motivo único, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección Tercera, de fecha 15 de noviembre de 2018, que estimó el recurso de apelación interpuesto por indicado recurrente contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba, de fecha 6 de abril de 2018. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet Susana Polo García

RECURSO CASACION núm.: 353/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo García

En Madrid, a 18 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el rollo de Sala nº 752/2018 dimanante de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, en recurso de apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Córdoba, seguida por delito contra la ordenación del territorio contra la acusada Salvadora , mayor de edad, nacida el día NUM002 /1985, hija de Marcial y de Azucena , con DNI nº NUM003 , sin antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de noviembre de 2018, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados, haciendo constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con nuestra Sentencia Casacional debemos mantener la condena fijada por la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia 492/2018 de fecha 15 de Noviembre de 2018 a Salvadora como autora responsable de un delito contra la ordenación del territorio a las penas fijadas, añadiendo la demolición de lo indebidamente construido sin costas en esta sede.

FALLO

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

Que debemos mantener la condena fijada por la Audiencia Provincial de Córdoba en sentencia 492/2018 de fecha 15 de Noviembre de 2018 a Salvadora como autora responsable de un delito contra la ordenación del territorio a las penas fijadas en la sentencia, pero añadiendo en sede casacional la orden de demolición de lo indebidamente construido, y sin costas en esta sede.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García

Vicente Magro Servet Susana Polo García