

JUZGADO DE LO PENAL

NÚMERO 13

SEVILLA

Procedimiento Abreviado 499/14

D.F.H.A 95/09 (O.T.) (P.C.)
Wanda M. Amate
Luis Quijano
Nalle

- "Los oliveros"
(Arbol)

- Demolición por no
justificar voluntad Afo
ni ser incluida la finca
en supueste regularización

SENTENCIA Nº 63/16

En la Ciudad de Sevilla, a 1 de febrero de 2016.

Vistos por mí, Ilma Sra. Doña Yolanda Sánchez Gucema, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal número TRECE de esta Ciudad, en juicio oral y público, los presentes autos de Procedimiento Abreviado número 499/2014 seguidos por un delito contra la ordenación del territorio, contra

Filomena con DNI 2350254 G, y contra [redacted] nacido en [redacted] de Andalucía, [redacted] el [redacted] de [redacted] de [redacted], y el [redacted] de [redacted] de [redacted] con DNI [redacted] 108W, ambos en situación de libertad por esta causa representados por el Procurador Dña. Francisca Vázquez Tagua y defendido por el Letrado D. José María Sánchez Torres, siendo parte acusadora el Ministerio Fiscal,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos de Procedimiento Abreviado dimanán de las Diligencias Previas nº 479/09 del Juzgado Instrucción nº2 de Marchena.

SEGUNDO.- Que por el Ministerio Fiscal se calificó definitivamente los hechos a que se refiere este proceso como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio.

TERCERO.- Por la defensa del acusado en el mismo trámite se mostró disconformidad con la calificación del Ministerio Fiscal y solicitó la libre absolución de su defendido.

CUARTO.- Recibidas las actuaciones procedentes del Juzgado de Instrucción, se señaló día y hora para la celebración del Juicio Oral.

QUINTO.- Que siendo el día y la hora señalados, compareció el acusado a la vista oral, y sí todas las partes personadas quienes hicieron las manifestaciones que constan en el acta levantada en soporte informático.

Practicada la prueba admitida como pertinente y en trámite de conclusiones, el Ministerio Fiscal modificó parcialmente su escrito de acusación y la defensa se adhirió en su totalidad, con la conformidad de los acusados a excepción de la responsabilidad civil por demolición, quedando a continuación los autos Vistos para Sentencia.

SEXTO.- Que en la tramitación de las presentes actuaciones se ha seguido las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Queda probado y así se declara que los acusados, el matrimonio formado por Antonio José García Gil, adquirieron, por contrato privado de 4 de septiembre de 2007, una parte de la finca radicada en el paraje conocido como Los Olivares, polígono 13, parcela 63 del término de Arahal (Sevilla). Compraron una subparcela de unos 1017 m2 de superficie a la que identificaron como nº9 de la calle Santa Clara, haciendo con ello una parcelación ilegal en suelo rústico.

La parcela se sitúa en suelo clasificado como no urbanizable de protección por urbanizaciones ilegales, por las normas subsidiarias municipales de la localidad, aprobadas definitivamente el 29 de junio de 1994,

Sin pedir si quiera licencia al Ayuntamiento y consciente de la imposibilidad de construir, la acusada como adquirente y promotora, y su marido como constructor, a mediados de 2008 comenzaron a edificar una casa prefabricada para vivienda, de unos 36 metros cuadrados en total de superficie construida sobre base de hormigón, con suministros de agua y de luz. La finca está vallada y en uso exclusivo a pesar de estar prohibido por haberse llevado a cabo una edificación irregular en suelo rústico.

La edificación no es autorizable o legalizable conforme al plan municipal, por no estar permitida en esa clase de suelo construcción de nueva planta y por derivar de una parcelación ilegal.

Se ha valorado pericialmente el coste de reposición de la finca original, en lo que afecta a la casa mencionada en 3422 euros.

El Juzgado acordó el precinto del edificio y de los suministros mediante auto de 20 de mayo de 2009, si bien hasta marzo de 2014 no se ejecutó el corte de agua.

Los acusados carecen de antecedentes penales.

La causa ha sufrido graves y continuas paralizaciones por la inactividad del Juzgado de Instrucción, a pesar de la sencillez de las diligencias a pesar de la denuncia de la Fiscalía, entre los retrasos, hubo una paralización ininterrumpida desde febrero de 2011 hasta marzo de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cuanto a los elementos del tipo, objetivos y subjetivos:

Tal y como expone la sentencia de la Ilma AP de Sevilla de 15 de diciembre de 2015: *"Comenzando por esta última alegación debemos hacer constar que respecto al principio de intervención mínima, que se manifiesta en el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal, así como en su condición de "ultima ratio" y consiguiente aplicación frente a los ataques más intolerables sobre bienes esenciales, se refiere en la STS 1.484/2.005, de 28 de febrero con carácter general que , "... no es un principio de la interpretación del derecho penal, sino de la política criminal y que se dirige fundamentalmente al legislador...". Más concretamente con relación a algunas de las conductas tipificadas en el Título XVI "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", la STS 690/2.003, de 14 de mayo , en un procedimiento seguido por un delito contra la ordenación del territorio, se pronunció en el mismo sentido, "... es un principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa..." y, respecto a otros tipos delictivos del mismo Título ha sido también objeto de análisis por parte de la Sala II del TS, como en la anterior Sentencia 1.705/2.001, de 23 de septiembre , "... el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional, puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de "intervención mínima" cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente prevista a los que lo violan. El citado art. 45 CE en su tercer apartado, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá "sanciones penales o, en su caso, administrativas" para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación -deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala- de que el derecho penal actúa, en la protección del medio ambiente, de forma accesoría y subsidiaria con respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de*

la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 - y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995 - haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima...". Resulta asimismo significativa la STS 7/2002, de 19 de enero, a su vez citada por la STS 96/2.002 de 30 de enero, en la que se hace constar que "...el llamado por la doctrina principio de intervención mínima no está comprendido en el de legalidad ni se deduce de él. Reducir la intervención del derecho penal, como última "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio precisamente con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y la penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos - los llamados "delitos bagatelus" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social - pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio...". En esta idea coincidió el ATSJ de Andalucía 31/2004, de 1 junio, al referir que "...una parte de la doctrina científica se ha cuestionado la aplicación a estos nuevos y agravados delitos de ese principio de la intervención mínima, basándose para ello en que en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se mantiene que "... se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de la intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en la sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia..., merece destacarse ... la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio...".

Hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido en los delitos de urbanismo es la utilización racional del medio como recurso natural limitado y la

ordenación de su uso al interés general. Se trata 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 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.

Y si bien es cierto que estamos ante delitos que suponen conductas también sancionadas en vía administrativa, también lo es que el principio de legalidad determina que, por decisión del Legislador, se aplique una sanción más contundente a determinados comportamientos, por la especial relevancia de los intereses colectivos implicados. La indisciplina urbanística generalizada y la falta de efectividad de la actuación administrativa sin duda llevaron a aquél a la introducción de la respuesta penal en los supuestos definidos en el Código de 1995.

Resulta pues evidente que el Legislador se ha pronunciado de forma inequívoca sobre la aplicación del Derecho Penal en materia medioambiental, tal como se puso de manifiesto en la STS 109/2.007, de 7 de febrero, referida a un supuesto de delito contra el medio ambiente en su modalidad de contaminación acústica, al pronunciarse respecto a la previsión legal de una respuesta punitiva, incluso de penas de prisión, en el sentido que "... ni debe causar extrañeza ni debe estimarse quiebra del principio de proporcionalidad. Se trata de una enérgica respuesta que compensa la fragilidad del bien jurídico a proteger que lo hace susceptible de ataque desde múltiples y variados flancos. Por eso, la propia Constitución en un artículo sin precedentes impone la respuesta prisonizada - art. 45 Constitución - "...para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior; (se refiere a la defensa del medio ambiente) en los términos que fije la Ley, se establecerán sanciones penales...". Los Jueces y Tribunales han de tener en cuenta la relevancia del bien jurídico tutelado y la función de prevención general que se cumple con la aplicación del precepto penal previsto por el Legislador atendiendo a las "... crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja...".

Como se refiere en la STS 529/2012, de 21 de junio, "... en el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de los ciudades y de los núcleos de población en general, y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven. la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive. La humanidad, inmersa en sus exigencias respecto al modo de vivir de todos, al "habitat" de cada uno, que sin dejar de ser titular, de ese inmueble o parte de él, también afecta a todos los demás ciudadanos, ha tomado ya conciencia del problema. Todo ello exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Con el sistema se pone en juego nuestro porvenir. Por ello es un acto muy grave que las normas que se han establecido pensando en la justicia, en la certeza y en el bien común, después, mediante actos injustos, se incumplan...". En atención a lo expuesto, como conclusión, podemos decir que una cosa es que sólo se castiguen las conductas más graves entre la disciplina urbanística contenidas en la normativa de ordenación del territorio y otra completamente distinta es que la interpretación del artículo 319 del Código Penal haya de hacerse sistemáticamente bajo la suposición prioritaria del principio de intervención mínima, constatadas que sean los elementos constitutivos del tipo penal."

Respecto a la alegación de tratarse de casas prefabricadas y no de cosntrucciones que infrinjan el anterior precepto legal, la misma sentencia antes citada, alega: *En relación a las características de la obra construida, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el concepto de edificación y la naturaleza y carácter de las casas de madera prefabricadas e instaladas sobre una base de hormigón, manteniéndose que se tratan de auténticas edificaciones, al tratarse de una construcción fija o lo que es lo mismo con vocación de permanencia.*

Tenemos declarado que para delimitar este objeto de la acción punible hemos de contar ante todo con la significación gramatical de la palabra "edificación", que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua se equipara al "edificio", el cual a su vez se define como: "Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para

habitación humana o para otros usos". Por lo tanto, edificio es no sólo la construcción destinada a "habitación o reunión de personas", pues también es definible como tal la que se destina a otros usos, poniendo el núcleo del concepto en la nota de que se trate de una construcción fija, hecha con materiales resistentes. Es criterio pacífico de esta Sala, que el acento debe ponerse no tanto en el método constructivo empleado, con mayor o menor número de elementos prefabricados, o con mayor o menor dificultad de desmontaje, como en el efecto o resultado final producido y en la vocación de permanencia en el ataque al bien jurídico protegido.

A este respecto, la STS 7479/2006, de 29 de noviembre, establece que "construcción", a efectos del delito urbanístico es toda actividad de modificación sustancial de la configuración original del terreno, con vocación de permanencia, realizada por el hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados. Pues bien en el presente caso, si bien no podemos obviar que se trata de una construcción o edificación de reducidas dimensiones, "... de unos 22 m²...", no resulta irrelevante ni insignificante, si tenemos en cuenta que está "... cimentada sobre plataforma de hormigón, incluyendo un baño con conducción de desagüe a fosa séptica... suministro de agua procedente de pozo conducida por tuberías de pvc a la edificación, así como luz eléctrica...", apreciándose en el reportaje fotográfico incorporado a las actuaciones (Folios 62, 65 a 67, 202 a 204), elementos constructivos, como la distribución de ventanas en la fachada y lateral, porche adjunto a la puerta de acceso y jardín, propios de una construcción destinada al recreo, "... tengo una niña pequeña... era la distracción del fin de semana..." (04:05) Como hacíamos constar en la Sentencia 659/2009, de 5 de octubre "... ha de tratarse de una construcción mínimamente relevante o significativa, pues no cabría considerar delictivas intervenciones mínimas o insignificantes, aunque sean de material fijo. Pero no podemos en modo alguno considerar irrelevante o mínima una edificación que se define como una cabaña prefabricada de madera, de 25 m², la cual se apoya sobre una plancha de hormigón de 30 m², y un porche sobre la losa de hormigón de 10 m². y que tiene una evidente vocación de permanencia. Pues... carece de sentido que... acometan esa inversión económica y de esfuerzos para desmontarla tras un breve período de tiempo, no se trata de una tienda de campaña, ni de una caravana. Que por estar fabricado en madera sea potencialmente desmontable y trasladable no es decisivo, lo que importa

es que pueda deducirse que existe una vocación de permanencia en el lugar, y no solamente por la base hormigonada (esta no es trasladable y sugiere que el alzado nunca se va a mover de allí), como prueba la circunstancia de que años después y a pesar de los avatares judiciales, esa casa de madera siga emplazada en el mismo lugar...". Igual se pronuncia la Ilma Audiencia Provincial de Sevilla en sentencia de 30 de abril de 2014.

En el acto del plenario, el Ministerio Fiscal, modificó sus conclusiones, adhiriéndose el Letrado de la defensa así como la acusado, quien instó se le condenara en los términos solicitados por el Ministerio Fiscal en el acto del plenario, y tal y como preceptúa el art. 787 de la LECR, procede de conformidad, con lo acordado por todas las partes, únicamente en cuanto a la pena, toda vez que tan sólo se discute la demolición o o de lo construido.

Del expresado delito debe responder TERESA ALBA RODRIGUEZ y ANTONIO GARCÍA, en concepto de coautores al haber ejecutado directa y materialmente los hechos que lo integran, conforme establece el art. 28 del Código Penal, existiendo prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia que les ampara.

SEGUNDO. En el presente caso procede la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21,6 del CP.

Procede imponer la pena acordada entre acusación y defensa, mostrando su conformidad el reo consistente en 6 meses de prisión, y la multa de 12 meses a razón de 3 euros, fraccionada en 6 cuotas, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.

Procede imponer la accesoria de prohibición para el ejercicio de actor de construcción de un año para ambos acusados.

TERCERO.- En cuanto a la demolición de la obra, única cuestión objeto de debate.

La sentencia de la Ilma AP de Sevilla en sentencia de 12 de febrero de 2016, y la de 27 de octubre de 2015: "Conforme al artículo 319.3 del Código Penal" 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". Fue criterio de esta Sección de la Audiencia Provincial de Sevilla el de no considerar procedente el acuerdo de demolición en los supuestos (en esencia y siempre en función de las circunstancias concretas de cada caso) de urbanizaciones o zonas residenciales de hecho construidas en suelo no urbanizable rural sin especial protección con posibilidades de legalización o regularización. Criterio, que como no puede ser de otro modo, vino a ser matizado desde que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunció sobre la cuestión en las sentencias de 21 de junio de 2012 (nº 529/2012) y de 22 de mayo 2013 (nº 443/2013), habiendo esta Sección estudiado el tema, de nuevo ahora planteado, en la mencionada sentencia en el recurso de 15 de octubre de 2013 dictada en el Rollo 1746/13 en la que se establecía.

"... en un claro afán de demarcar el alcance del tan controvertido apartado 3 del artículo 319 del Código Penal, esta repetida doctrina jurisprudencial interpreta dicha norma de la siguiente manera: 1) la demolición de lo edificado o construido no es una sanción o pena accesoria ("no es una consecuencia accesoria, tampoco una sanción añadida al delito principal"). Tampoco es -aclaran- responsabilidad civil derivada del delito "dado su carácter facultativo, aunque no arbitrario", interpretándose que "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", "una medida de restablecimiento de la legalidad conculcada por el delito" (criterio ya apuntando en anteriores sentencias). Expresamente declaran ambas sentencias que, "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". 2) si bien no es de aplicación mecánica o

automática, en caso de condena la regla general será la demolición por ser *"del todo necesaria para restaurar el orden jurídico y reparar en la medida de lo posible el bien jurídico dañado"*. 3) no obstante admite posibles excepciones fuera de las cuales jugará esa regla general.

Estas excepciones son: a) *"las mínimas extralimitaciones o leves excesos respecto a la autorización administrativa"*, y b) *"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."* 4) como se desprende de lo dicho en el apartado 1), al socaire de la naturaleza peculiar de la demolición, ambas sentencias dejan la puerta abierta a la posibilidad de suspender o dejar sin efecto la ejecución de la demolición *"si, después de establecida en sentencia, se produce una modificación del planeamiento que la convierta en innecesaria"*.

Y la Ilma AP de Sevilla de 8 de octubre de 2015, *"Interesa el recurrente Esteban se deje sin efecto la demolición de la construcción, o subsidiariamente la suspensión de la ejecución de lo resuelto hasta que finalice el proceso de regularización. La cuestión planteada debe resolverse teniendo en cuenta los*

criterios establecidos por la jurisprudencia (STS 529/2012, de 29 de junio ; 443/2013, de 22 de mayo y 816/2014, de 24 de noviembre ...), que han sido tenidos en cuenta en reiterados pronunciamientos de las Secciones de esta Audiencia Provincial y de otras (por citar las últimas, Sentencias 14/2015 y 84/2015, de 13 de enero y 10 de febrero de esta Sección 1ª; Sentencia 249/2015, de 20 de mayo de la Sección 3ª; Sentencias 87/2014 y 167/2014, de 18 de febrero y 4 de abril de la Sección 4ª; Sentencias 54/2015, de 30 de enero y 183/2014, de 28 de abril, de la Sección 7ª; Sentencia 130/2015, de 17 de marzo de la Sección 9ª de la AP de Málaga ; Sentencia 101/2015, de 30 de marzo, de la Sección 1ª de la AP de Cádiz, y Sentencias 85/2015 101/15, de 14 y 28 de abril de la Sección 2ª de la AP de Jaén..." en el sentido de acordar la demolición para restablecer la legalidad urbanística.

Como se refiere en la STS 529/2012, de 29 de junio "...la disciplina urbanística trasciende de lo que pudiera considerarse un puro problema de construcciones y licencias a ventilar por los interesados con la administración. En el urbanismo se encierra nada más y menos, que el equilibrio de las ciudades y de los núcleos de población en general y como el concepto de ciudad es abstracto, también incorpora el equilibrio físico y psíquico de las personas que en ellas viven: la armonía, la convivencia, las exigencias inexcusables de la ecología, de la naturaleza y del hombre, que tiene que coexistir buscando el ser humano el equilibrio mismo con el medio ambiente que le rodea y en el que vive..."; lo que exige unos planes y el sometimiento riguroso a unas normas. Respecto a la demolición de la obra o reposición a su estado originario de la realidad física alterada, se hace constar que según la doctrina mayoritaria "... se trata de una consecuencia jurídica del delito en cuanto pudieran englobarse sus efectos en el artículo 110 del Código Penal. 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 C.P., 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...". Con carácter general se establece 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 de 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..."; aunque "...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..." pero precisándose que las excepciones no pueden hacerse extensivas "... 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 intructores 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...". Por su parte la STS 443/2013, de 22 de mayo reitera los criterios ante expuestos en el sentido que las excepciones a la regla general de acordar la demolición no pueden extenderse a "...tan futuras como inciertas modificaciones que ni siquiera dependerán competencialmente en exclusiva de la autoridad municipal...", reproduciendo los argumentos de la sentencia antes citada, e insistiendo en 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...". Con cita de las anteriormente mencionadas en la STS 816/2014, de 24 de noviembre se hace constar que como quiera que el artículo 319.3 no se señala criterio alguno para decidir sobre la procedencia de acordar la demolición, en la práctica deberán de tenerse en cuenta "... la gravedad del hecho y la naturaleza de la construcción; la proporcionalidad de la medida en relación con el perjuicio que causaría al infractor en caso de implicarse sólo intereses económicos, o verse afectados también derechos fundamentales como el uso de la vivienda propia; y atendiendo asimismo a la naturaleza de los terrenos en que se lleva a cabo la construcción, tomando en

distinta consideración los que sean de especial protección, los destinados a usos agrícolas, etc...".Por lo que se refiere a la Sentencias dictadas por esta Audiencia Provincial resulta de interés destacar los argumentos expuestos en la número 87/2014, de 18 de febrero de la Sección 4ª al abordar la incidencia que sobre la procedencia del pronunciamiento de demolición podría tener la promulgación del Decreto de la Junta de Andalucía 2/2012, de 10 de enero, sobre régimen de las edificaciones y asentamientos existentes en suelo no urbanizable en la Comunidad Autónoma de Andalucía, "...

1.- Es obvio, pero conviene explicitarlo, que el Decreto 2/2012 carece de cualquier trascendencia respecto a la tipicidad penal de la obra ilegal. En las expresivas palabras de su exposición de motivos, las edificaciones cuyo régimen se ve afectado por la norma "siguen manteniendo su situación jurídica de ilegalidad, y en consecuencia su reconocimiento o tolerancia por la Administración lo será sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incluido su titular", responsabilidades cuyo mantenimiento declara expresamente el artículo 7 del Decreto. 2.- No menos evidente es, sin embargo, que al permitir que a algunas de esas edificaciones ilegales se les reconozca la categoría denominada "situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación" (ya creada por el art. 53 del Reglamento de Disciplina Urbanística de la C. A. de Andalucía, Decreto 60/2010, de 16 de marzo), con un régimen específico, similar, aunque con mayores restricciones, al previsto para las edificaciones en situación legal de fuera de ordenación en sentido propio (la que regula la disposición adicional 1ª de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía), el Decreto 2/2012 viene a posibilitar, no una legalización o regularización de tales edificaciones, pero sí su definitiva consolidación, al autorizarse en ellas determinadas obras de mantenimiento y preverse, con estrictas condiciones y limitaciones, la prestación de servicios básicos a las mismas (artículo 8, apartados 3 y 4, del Decreto), así como la inscripción de la edificación en el Registro de la Propiedad (artículo 53.5 del citado Reglamento de Disciplina Urbanística, en su redacción por la disposición final primera del Decreto 2/2012). 3.- El reconocimiento para una edificación concreta de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación es competencia exclusiva del Ayuntamiento correspondiente (artículo 9.1 del Decreto), mediante un

procedimiento reglado y relativamente rápido -seis meses, según el artículo 12.2 del Decreto-, y no requiere per se (salvo, entendemos, para los asentamientos urbanísticos) la formulación o revisión de un Plan General de Ordenación (cuya aprobación definitiva está reservada a la Administración autonómica por el artículo 31.2 B) de la LOUA), puesto que, en defecto de Plan General, basta como punto de partida del procedimiento un avance de planeamiento para su identificación, que igualmente es de competencia exclusiva del Ayuntamiento, en cuanto tiene el carácter de ordenanza municipal (artículo 4.2 del Decreto). Quiere decirse que, cumpliéndose las condiciones para el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen de fuera de ordenación , a partir de la vigencia del Decreto 2/2012 no cabe argumentar para ordenar la demolición en vía penal de una obra ilegal ni el carácter meramente interno que al avance de planeamiento atribuye el artículo 29.3 de la LOUA, ni la necesidad de una revisión del planeamiento urbanístico por la Administración autonómica.

Las consecuencias prácticas de estas consideraciones generales han de ser, a nuestro juicio, las siguientes: a) No debe acordarse en ningún caso la demolición de la obra ilegal cuando esta ha obtenido el reconocimiento de la situación de asimilado al régimen legal de fuera de ordenación, conforme a las previsiones del Decreto 2/2012 de la Junta de Andalucía. Resultaría desproporcionado y generaría agravios comparativos inasumibles que la jurisdicción ordenase la demolición de una construcción que la administración, tras un procedimiento reglado, ha permitido conservar de acuerdo con la normativa vigente. b) Tampoco debe acordarse la demolición, como regla general, cuando el procedimiento para el reconocimiento de la edificación ya se ha iniciado (partiendo siempre de su previa identificación en el Plan o en el Avance de planeamiento), salvo que se adviertan obstáculos insalvables de legalidad, en especial los relativos a las necesarias condiciones de seguridad, habitabilidad y salubridad (artículo 10.1 c) del Decreto). En este tipo de casos no estamos ante una expectativa más o menos difusa de eventual "legalización" futura de la obra, sino ante un concreto expediente administrativo ya en curso y cuya conclusión esperable es la resolución reconociendo la situación de asimilado a fuera de ordenación, con las consecuencias antes vistas. c) Debe acordarse, en cambio, la demolición cuando la

obra ilegal no es susceptible de ese reconocimiento, como ocurre cuando no han prescrito las medidas administrativas de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado (artículo 3.1 del Decreto, en relación con el 185 de la LOUA) o cuando las edificaciones se han ubicado en terrenos clasificados de antemano como suelo no urbanizable de especial protección (artículo 3.2 del Decreto). Mientras esas situaciones se mantengan, el reconocimiento es imposible y es aplicable la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia de las meras expectativas de modificación futura de la situación legal.

d) En los casos en que el reconocimiento o regularización de la edificación exija una revisión del planeamiento vigente (como ocurre con carácter general con los asentamientos urbanísticos) o cuando no se acredite la iniciación del procedimiento para el reconocimiento, siendo este posible, debe acordarse la demolición de la obra ilegal, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia pueda dejarse sin efecto esa disposición, si el reconocimiento de la edificación o la modificación del planeamiento hacen innecesaria dicha demolición, como permite su naturaleza de consecuencia jurídica del delito, según advierten expresamente las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas en el fundamento segundo...".

En el supuesto enjuiciado, en modo alguno encajaría en la excepción que pretende la defensa, por cuanto entendemos que exige que la regularización de la construcción haya operado a través de la aprobación del correspondiente plan urbanístico o de la aprobación de su revisión o modificación, en palabras de las sentencias del Tribunal Supremo antes analizada, "ya se hayan modificado los instrumentos de planeamiento haciendo ajustada a norma la edificación o construcción.

Y conforme a la documentación que obra en autos, no consta que la construcción objeto de autos haya sido regularizada a través del correspondiente plan urbanístico. El Letrado de la defensa presenta un certificado del Ayuntamiento en el que se aprueba definitiva del avance de delimitación de asentamientos urbanísticos y hábitats rural diseminados en el suelo no urbanizable de Arahal.

Y conforme a al sentencia antes expuesta de la Ilma AP de Sevilla que ya contó y valoró con la certificación de junio de 2015: *"Ahora bien, como la incidencia que puedan llegar a tener los Acuerdos adoptados por el Excmo. Ayuntamiento sobre la cuestión controvertida pueden estar condicionados por la posible modificación, ahora en tramitación parlamentaria, de la vigente normativa urbanística, concretamente el Proyecto de Ley 10-15/PL-00004, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable y, en su caso, por los informes, y aprobación, por parte de otras Instituciones, como los de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio y la Consejería de Agricultura, Pesca y Desarrollo Rural respecto a la consideración del pago de " DIRECCION000 " como edificación aislada, con las consecuencias urbanísticas que ello puede conllevar, estimamos conveniente que por el Juzgado de lo Penal se incorporen a las actuaciones informes de estas Consejerías en lo relativo. Si la parcela en la que se han efectuado las construcciones, (subparcela de 1.000 metros 2, situada en la parcela NUM000 del polígono NUM001 de Arahal en la zona denominada " DIRECCION000 PARAJE000 ", suelo calificado como no urbanizable común), con la normativa que está en tramitación parlamentaria, concretamente el Proyecto de Ley 10-15/PL-00004, por la que se modifica la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía para incorporar medidas urgentes en relación con las edificaciones construidas sobre parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable, podría el Excmo. Ayuntamiento de Arahal llegar a regularizar las construcciones cuestionadas, mediante su consideración como edificación aislada, así como su posterior declaración como asimiladas a fuera de ordenación, por cumplir todos los requisitos exigidos para tal calificación en la normativa urbanística vigente, o en tramitación. De tal manera que si, no obstante la expectativa de modificación de la normativa urbanística antes indicada, se informa en el sentido de que, incluso de aprobarse, no habría una posibilidad real, y viable en un plazo razonable, de que pudiera llegar a llevarse a efecto la regularización de las construcciones por no cumplirse todos los requisitos exigidos, se proceda sin más demora a la demolición acordada".*

Y resulta que el Letrado de la defensa no acredita que la zona objeto de autos se encuentre dentro de la afectación de la Aprobación Definitiva, para que los mismos puedan en su caso solicitar la declaración de AFO como edificación aislada, si bien no estando solicitada, a pesar del tiempo transcurrido desde el meritado acuerdo, y sin que se haya procedido a declarar AFO, ha de procederse a la demolición de manera inmediata, ante la imposibilidad de atender a las excepciones se impone el criterio formulado por la jurisprudencia analizada. *

Y esto es consecuencia inmediata de la ya reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (y en respeto a la garantía de seguridad jurídica que persigue su finalidad unificadora de doctrina).

Igual se pronuncian las sentencias de Ilma AP de Sevilla en sentencia de 24 de junio de 2014, y la de Sevilla 5 de mayo de 2014, y la sentencia del Tribunal Supremo de 24/11/14.

Fuera de estos casos, antes recogidos por el TS, 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, y sin que se haya procedido a solicitar la declaración de AFO incluso casi un año después del meritado acuerdo, 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- Se adjunta igualmente de forma justificada dictamen pericial que concreta exhaustivamente el coste de la reposición (no impugnado) alcanza la suma de 3422 euros. Especialmente tengamos en cuenta que la documental relativa a las últimas declaraciones AFO no son relativas a la zona donde se encuentra la de los reos.

TERCERO.- En aplicación de los artículos 123 y 124 de Código Penal y 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las costas procesales deben imponerse al reo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

CONDENO a ~~ANTONIO GARCÍA GARCÍA~~ como autores responsable de un delito contra la ordenación del territorio, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a cada uno de los reos, a la pena de SEIS MESES de prisión, con accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante la condena, y pena de multa de 12 meses con cuota diaria de 6 €, con responsabilidad personal de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas e inhabilitación para el ejercicio de actos de construcción durante un año.

Las multas impuestas se pagarán en 6 plazos, a abonar los cinco primeros días de cada mes. En caso de falta de pago de las cuotas de multa se procederá por la vía de apremio, no hallándose bienes o siendo estos insuficientes se hará efectiva la responsabilidad personal subsidiaria ya definida.

Se acuerda la inmediata demolición de las construcciones llevadas a cabo a costa de los acusados. Se imponen a los acusados las costas procesales.

Notifíquese la presente a las partes personadas, así como al Ayuntamiento de Arahál. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en el plazo de diez días contados a partir de su notificación ante la Audiencia Provincial de Sevilla, mediante escrito presentado en este Juzgado

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo. Llévase testimonio de esta sentencia a los autos.

DILIGENCIA. Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Sra. Magistrado- Juez del Juzgado de lo Penal nº13 de Sevilla, estando celebrando audiencia pública el día de la fecha. Doy fe.