



Roj: **STS 2862/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2862**

Id Cendoj: **28079120012023100479**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/06/2023**

Nº de Recurso: **6283/2021**

Nº de Resolución: **448/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 10988/2021,**
STS 2862/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 448/2023

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 6283/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/06/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 6283/2021

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. 448/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados **Dña. Bárbara, D. Eliseo, D. Emilio y Dña. Carla**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de fecha 22 de septiembre de 2021, a los que condenó por delito contra la ordenación del territorio, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes acusados representados por la Procuradora Dña. M^a del Carmen Madrid Sanz y bajo la dirección Letrada de D. Juan Carlos Saiz Nicolás.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Móstoles incoó Procedimiento Abreviado con el nº 6375 de 2014 contra Bárbara, Eliseo, Emilio, Germán y Carla, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, que con fecha 22 de septiembre de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"En el presente procedimiento han sido acusados Bárbara, Eliseo, Emilio, Germán y Carla, todos ellos mayores de edad, sin antecedentes penales y en situación de libertad provisional. Con posterioridad al día 11 de febrero de 2011 y con anterioridad al día 3 de octubre de 2014, en una finca situada en la parcela catastral NUM000 del término municipal de Villaviciosa de Odón (Madrid), de la que eran propietarios Bárbara, Eliseo, Emilio y Carla, se llevaron a cabo las siguientes intervenciones: - consistente en una vivienda realizada con materiales prefabricados sobre base realizada con materiales de obra, de medidas 14,75 x 8, 10 metros, que cuenta con una terraza de obra anexa en la parte delantera con balaustrada y patio con solera de hormigón y cerramiento perimetral de medidas 20 x 17,90 metros, que cuenta también con caseta para usos de la vivienda en el patio e instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión. Una solera de hormigón de 16,60 x 12,20 metros, con caravanas alrededor. Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil con cimientos, de medidas 10,90 x 4,10 metros, con terraza de obra de medidas 7,20 x 1,90 metros, parcialmente fijada al suelo mediante cerramiento de obra en la parte delantera y un lateral y cargada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión. Una construcción fija, consistente en una vivienda, de medidas 12,90 x 6,30 metros, una de cuyas partes consiste en una construcción móvil fijada al terreno, de dimensiones 8,05 x 6,30 metros, que se encuentra adosada a otra parte realizada con materiales de obra, de dimensiones 4,85 x 6,30 metros, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión. Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil sin cimientos, de dimensiones 8,05 x 6,30 metros, con terraza de obra y cerramiento de obra en la parte delantera, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua y salida de aguas fecales. Una solera de hormigón impreso, de 23,30 x 20,50 metros, que sirve de patio o zona común a las construcciones anteriores. Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil sin cimientos, de dimensiones 12,10 x 4,30 metros, asentada en el terreno mediante borriquetas y con terraza y balaustrada de obra en la parte delantera, de medidas 12,10 x 4,10 metros y solera de hormigón, de dimensiones 12,10 x 3,10 metros, en la parte anterior a la terraza, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión. - Igualmente instalaron: una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 10,90 x 4, 10 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado, gas y antena de televisión; una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 9,70 x 3,70 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado, gas y antena de televisión, con una caseta anexa con lavadora y secadora; una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 7,60 x 2,90 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, y antena de televisión; una construcción prefabricada sin cimientos ni anclaje al terreno, de medidas 4,70 x 2,10 metros, probablemente utilizada como taller o garaje; y pequeñas casetas de chapa o madera directamente asentadas sobre el suelo. - Asimismo, se efectuó la actividad consistente en el almacenaje de vehículos, camiones, maquinaria, con un taller para el servicio de éstos, chatarra, contenedores, plásticos y basura. Dichas obras se desarrollaron en la "Zona de Mantenimiento de la Actividad" del "Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno", coincidente con el Lugar de Interés Comunitario, código ES-3110005 "Cuenca del Río Guadarrama", perteneciente a la Red Ecológica Europea Natura 2000, por lo que tenía la condición de Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes, salvo



las vinculadas a actividades agrícolas, ganaderas, forestales y análogas, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y respetando los valores ambientales de la zona del espacio natural protegido en que se ubicaba. No se solicitó ningún tipo de autorización para realizar las ilícitas actividades arriba descritas, las cuales no eran autorizables ni legalizables. La parcela estuvo originalmente destinada a la actividad agrícola, al menos desde 1999. Posteriormente, producto del abandono de la actividad agrícola, el terreno se fue cubriendo con vegetación herbácea espontánea hasta que se inició la actividad urbanizadora. Las actividades desarrolladas afectaron de modo efectivo, negativo y significativo al Espacio Natural Protegido en el que se realizaron, afectación que se concretó en ocupación del terreno, alteración paisajística, alteración edáfica, alteración de la cubierta vegetal, potencial contaminación por aguas servidas, residuos sólidos urbanos u otros agentes contaminantes y realización de cerramientos que impiden la circulación de la fauna silvestre. Asimismo, las construcciones llevadas a cabo por los acusados supusieron una afectación, al menos potencial, a la fauna protegida presente en la zona, que contaba con especies emblemáticas, como el águila imperial ibérica (*Aquila adalberti*), búho real (*Bubo bubo*), milano real (*Milvus milvus*), cigüeña blanca (*Ciconia ciconia*), águila calzada (*Hiraaetus pennatus*), águila cualebrera (*Circaetus gallicus*), chotacabras pardo (*Caprimulgus ruficollis*), lechuza común (*Tyto alba*), alcaudón real (*Lanius excubitor*), icnemus, alcaraván (*Burhinus oedicephalus*), calandra común (*Melanocorypha calandra*), doncella de madreSelva (*Euphydryas aurinia*) y mariposa arlequín (*Zerynthia rumina*). Los daños ambientales han sido tasados pericialmente en 24.066,62 euros. En este procedimiento, las diligencias previas se incoaron el 9 de enero de 2015, el auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado se dictó el 1 de marzo de 2017, el auto de apertura del juicio oral se dictó el 25 de mayo de 2017, las actuaciones se recibieron en el Tribunal para su enjuiciamiento el 26 de octubre de 2017, se efectuaron diversos señalamientos del juicio oral para el 19 de junio de 2018, el 23 de abril de 2020, el 6 de noviembre de 2020 y el 17 de marzo de 2021, señalamientos que fueron suspendidos por causas no directamente imputables a los acusados y, finalmente, el juicio se celebró el 15 de julio de 2021".

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

"QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados, Bárbara, Eliseo, Emilio y Carla, como autores de un delito contra la ordenación del territorio ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, a las penas de tres años y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día, con una cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de cuatro años y un día, así como al pago de cuatro quintas partes de las costas del proceso y a la demolición de la obra ejecutada y la restauración del terreno a su estado original a su cargo o, caso de no hacerlo, a que indemnicen conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil, a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid en la cantidad de 24.066,62 euros, para que proceda a la demolición y restauración, devengando la indemnización los intereses de demora contemplados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. QUE DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Germán del anterior delito, por el que también ha sido acusado. Se declara de oficio la quinta parte restante de las costas procesales causadas. Proponemos al Gobierno de España la concesión a los condenados de indulto parcial en cuanto a la duración de la pena privativa de libertad impuesta, en los términos expresados en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia, con suspensión de la ejecución de dicha pena mientras el indulto se tramita. Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación, del que conocerá la Sala 28 del Tribunal Supremo y que deberá ser anunciado ante esta Audiencia en el plazo de cinco días hábiles a contar desde el siguiente a su notificación".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de los acusados **Dña. Bárbara, D. Eliseo, D. Emilio y Dña. Carla**, 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 la representación de los acusados **Dña. Bárbara, D. Eliseo, D. Emilio y Dña. Carla**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 851 de la LECrim en relación con el artículo 789.3 de la LECrim, cuando el Tribunal pene en la sentencia por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733. Infracción que también en derecho fundamental, en concreto el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. En este caso el Tribunal no puede condenar por el apartado 1 del artículo 319 del código penal, si no ha sido objeto de acusación previa al efecto en ese caso ejercida por el Ilmo. Sr. Fiscal, tras haber modificado sus conclusiones en el acto del Plenario y solicitado condena por el apartado 2 del



mismo artículo 319 CP. La infracción se comete por el Tribunal en la sentencia, y no ha podido la parte intentar subsanar con antelación.

Segundo.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de norma sustantiva, en concreto lo dispuesto en el artículo 789.3 de la LECrim, con inferencia en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución Española, el tribunal no puede admitir sin contravenir el principio acusatorio, ni inferir indefensión a los acusados, la modificación por el Fiscal de la calificación inicial de los hechos enjuiciados (apartado 319.1 CP), al apartado 2 del artículo 319 del código penal, si para ello en este especial delito no fuera o hubiera sido objeto de acusación previa en alguna clase de condición alternativa o subsidiaria con la que prevenir la acusación y la defensa de los hechos conformantes de los elementos del tipo penal en el Juicio, y luego siempre con anterioridad a la celebración del mismo y sobre todo, de la práctica de la prueba en el juicio para guardar el derecho de defensa y el equilibrio de armas procesales del juicio.

Tercero.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, y artículo 4 de la LECrim en relación con infracción de derecho constitucional, artículo 24 de la CE en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva y el artículo 25 CE en cuanto a la presunción de inocencia de los condenados. En el presente caso, entendemos con el debido respeto que ha concurrido y sin embargo se ha denegado en el plenario como reproduce la sentencia, una cuestión prejudicial devolutiva de carácter administrativo que debió determinar la suspensión del curso penal del proceso (fase de enjuiciamiento o juicio) en tanto coexiste necesariamente para determinar la inocencia o culpabilidad de los acusados del delito por el cual han sido enjuiciados y condenados (art. 319 CP), como requisito del tipo que la actuación criminalizada sea legalizable desde el plano administrativo; por todo ello, imperativa y necesariamente habría de resolverse la cuestión prejudicial a que atiende la solicitud de legalización administrativa de la actuación que han presentado los acusados mediante un procedimiento administrativo ad hoc, existente y amparado en Derecho.

Cuarto.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestren la equivocación del juzgador en el Fundamento de Derecho 3º de la sentencia, en cuanto a la resuelta naturaleza de suelo como no urbanizable de la parcela y su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno. El error se desprende de los documentos siguientes aportados por la defensa en el acto del juicio, admitidos por el Tribunal y no valorados en forma a pesar de ser documentos públicos.

Quinto.- SUBMOTIVO DEL ANTERIOR.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestren la equivocación del juzgador en el Fundamento de Derecho 3º de la sentencia, en cuanto a la resuelta naturaleza y características de las obras objeto de condena como ilegales y a los efectos de determinación de la prescripción denegada. El error se desprende de los documentos siguientes aportados por la defensa en el acto del juicio, admitidos por el Tribunal y no valorados en forma a pesar de ser documentos públicos.

Sexto.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 de la LECrim y artículo 21.3 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que determina que se encuentra en situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumple alguna de las tres condiciones previstas, y en este caso se cumple en el terreno objeto de este juicio, se ha obviado por la sentencia al determinar elemento del tipo del artículo 319 y 338 del CP.

Séptimo.- SUBMOTIVO AL ANTERIOR.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 de la LECrim y 28.4 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que determina su condición de urbanas y legalizables a construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, su derecho a la legalización e incluso el derecho a inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad. y en este caso se infringe por la sentencia al determinar elemento del tipo del artículo 319 y 338 del CP esta circunstancia y condición legal del suelo o la construcción, objeto de criminalización en la sentencia, porque únicamente se ha fijado el carácter ilegal de la misma, el tipo de suelo en el cual se ha actuado y el plazo de prescripción previsto en la Ley Penal, y lo ha resuelto conforme a las normas penales, pero dejando al margen y como se razona en el motivo 6º anterior, la aplicación y resolución de las normas extrapenales de carácter administrativo, y por tanto dejando de lado, la normativa sustantiva urbanística de aplicación, los plazos de prescripción urbanísticos y su legalización correspondiente al amparo de la Ley del Suelo.



Octavo.- SUBMOTIVO DEL SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 LECrim y artículo 8.16 del Plan General de Ordenación Urbana de la Localidad Villaviciosa de Odón, "INSTALACIONES EXISTENTES EN SUELO NO URBANIZABLE ART. 8.16.1. CONDICIONES DEL ÁMBITO "CAMINO DE LA ZARZUELA", donde se delimita un ámbito de actuación en suelo urbanizable de protección, y en este caso se infringe de la misma forma a lo expuesto en los motivos anteriores (6º y siguientes), porque la sentencia al determinar elemento del tipo del artículo 319 y 338 del CP prescinde de aplicar esta circunstancia y condición legal del suelo o la construcción, y siendo objeto de criminalización en la sentencia la actuación enjuiciada, sin consideración a la situación del terreno conforme a lo dispuesto en el PGOU, su situación particular en cuanto se ha de referir al grado de protección aplicable a los terrenos y las obras ubicadas en su entorno porque desde el punto de vista legal y administrativo no todo el ámbito geográfico del Parque Regional tiene necesariamente condición y consideración de zona verde de especial protección, y particularmente no la tendría el ámbito donde se ubican los terrenos en cuestión, como en la prueba se puso de manifiesto.

Noveno.- SUBMOTIVO DEL SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva, El artículo 8.10 del PGOU Villaviciosa, determina el espacio protegido al eje longitudinal del camino de la zarzuela, cuyas edificaciones se acogen a un Plan Especial que deberá realizarse y las existentes, a un catálogo que debe hacer el ayuntamiento determinado las construcciones viables y las que no.

Décimo.- SUBMOTIVO DEL SEXTO.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Parcialmente derogada por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, así como el régimen transitorio en materia de evaluación ambiental contemplado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en cuanto al procedimiento simplificado de evaluación del impacto ambiental relativo a instalaciones de campaña, caravanas, y otros elementos de acampada permitidos por la normativa turística, fuera de zonas urbanas.

Undécimo.- SUBMOTIVO DEL SEXTO Y SS.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva, artículos 29 de la Ley del Suelo de la CCAA de Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio) en relación con el artículo 147, 148 y 149 de la misma Ley y su disposición transitoria primera c), como normas sustantivas infringidas que para el Tribunal resultaban imprescindibles respetar y atener para la aplicación de la ley penal (art. 319.1 del código penal) en la sentencia.

Duodécimo.- SUBMOTIVO DEL SEXTO Y ANTERIORES.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva. El artículo 8 del PGOU de la localidad de Villaviciosa de Odón en relación con el artículo 25, 26 y 27 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, determina la clasificación del suelo y sus usos, dentro de cuyo apartado 5 se dedica al tipo de suelo donde se ubica la parcela de los condenados como suelo no urbanizable común, en cuyo espacio es de aplicación el artículo 25 de la Ley del Suelo CCAA Madrid dentro de las dos circunstancias previstas en el artículo 26 y 27 de la misma Ley del Suelo, autorizándose su uso como permitido para aparcamiento móvil de vehículos, maquinaria de atracciones y feria, casetas móviles, sobre el terreno.

Décimo tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.1 y artículo 319.2 del Código Penal, por cuanto, dados los hechos declarados probados, entendemos que el Tribunal ha infringido el artículo 319.1 y su apartado 2, al condenar por una actuación que tiene carácter autorizable y legalizable conforme a la normativa en vigor.

Décimo cuarto.- SUBMOTIVO DEL ANTERIOR.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.1 y artículo 319.2 del Código Penal, al condenar por una actuación calificada de urbanística como obra de "construcción" y "edificación" atípica penalmente. El Tribunal resuelve para condenar por el apartado 1 y 2 del precepto una actuación constructiva que no tiene la consideración necesaria de obra de "construcción" o "edificación" a los efectos de la aplicación de este tipo penal conforme tiene establecido el Tribunal Supremo. Por ello, fundamenta la condena y la concurrencia del tipo penal, sobre una actuación constructiva y edificatoria que no tiene tal naturaleza punitiva.

Décimo quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 338 del CP, por cuanto el tipo penal determina una afectación al medio natural protegido que no se determina en los hechos probados con las actuaciones que se declaran constitutivas del hecho delictivo. En concreto, al caso, como trataremos de analizar al motivar el recurso que nos proponemos articular, la aplicación del artículo 338 CP, a tenor del verbo "afecten" del tipo penal no puede sustentarse en "daños potenciales", tampoco por afectación se incluyen daños que no sean "graves"; y luego de ello resulta



determinante que el Tribunal infringe el precepto si toma como única circunstancia la "especial protección del suelo" porque no puede servir a la vez para integrar el tipo del delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.1 CP y la agravación específica que para los espacios protegidos establece el artículo 338 CP.

Décimo sexto.- SUBMOTIVO DEL ANTERIOR.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 de la LECiv, por infracción del artículo 338 CP en relación con infracción de Derecho Constitucional del artículo 25.1 CE "principio "non bis in ídem". Concorre en el presente caso y en la condena impuesta por el artículo 319.2 y 338, ambos del Código Penal.

Décimo séptimo.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del 28 en relación con el artículo 319, apartados 1 y 2, del Código Penal con inferencia en Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la CE en relación con el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos suscritos por España, con quiebra al principio de presunción de inocencia, referido a las personas responsables y autores de la comisión del delito y del marco del principio a la presunción de inocencia desarrollado mediante la Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de mayo de 2016 .

Décimo octavo.- SUBMOTIVO DEL ANTERIOR.- POR INTERÉS CASACIONAL DEL MOTIVO anterior.- El motivo presenta interés casacional porque el reproche sobre la quiebra del principio de presunción de inocencia en cuanto a la autoría y participación que la sentencia impone a los acusados que han resultado condenados, forma parte de los límites del control casacional de la garantía de la presunción de inocencia abordados en la sentencia del Tribunal Supremo Nº 320/2009, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec 11241/2007 de 02 de

abril de 2009. Décimo noveno.- EN RELACIÓN A LA DEMOLICIÓN ORDENADA (FD 7º de la sentencia y fallo de la misma).- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.3 del Código Penal, por cuanto, entendemos que para su aplicación por el Juez Penal, debe inexcusablemente concurrir como requisito imprescindible una causación de un daño, y luego un daño real apreciable de ello por y para ser consecuencia la demolición derivada del delito que está conectada con los artículos 109 y ss del Código Penal, relativos a la reparación del daño.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, 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 13 de junio de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Bárbara , Eliseo , Emilio y Carla , frente a la sentencia nº 70/2021, de 22 de septiembre de 2021, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Es preciso indicar los siguientes extremos de relevancia a raíz del recurso formulado frente a la sentencia ahora recurrida.

1.- Los recurrentes son condenados como autores de un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.1 CP en concurso legal del artículo 8.4 del Código Penal con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, vigente en la época de los hechos, con la concurrencia de la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, pero acudiendo a la vía del art. 319.2 CP a la hora de fijar la pena en la de tres años y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día, con una cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de cuatro años y un día

2.- Se relacionan en los hechos probados las construcciones que se llevan a cabo en el terreno propiedad de los recurrentes.

3.- El terreno donde se llevaron a cabo las construcciones ilegales, según consta en los hechos probados, tenía la condición de Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes, salvo las vinculadas a actividades agrícolas, ganaderas,



forestales y análogas, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y respetando los valores ambientales de la zona del espacio natural protegido en que se ubicaba.

No se solicitó ningún tipo de autorización para realizar las ilícitas actividades arriba descritas, las cuales no eran autorizables ni legalizables.

4.- Consta en los hechos probados que las actividades desarrolladas afectaron de modo efectivo, negativo y significativo al Espacio Natural Protegido en el que se realizaron, afectación que se concretó en ocupación del terreno, alteración paisajística, alteración edáfica, alteración de la cubierta vegetal, potencial contaminación por aguas servidas, residuos sólidos urbanos u otros agentes contaminantes y realización de cerramientos que impiden la circulación de la fauna silvestre.

5.- Consta en los hechos probados que las construcciones llevadas a cabo por los acusados supusieron una afectación, al menos potencial, a la fauna protegida presente en la zona.

6.- Consta que los daños ambientales han sido tasados pericialmente en 24.066,62 euros.

7.- Se recoge en la sentencia que la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid ya se ha pronunciado sobre la clasificación de la Parcela NUM000 de Villaviciosa de Odón (folios 350 a 354), la Consejería de Medio Ambiente ya ha señalado que la instalación no es compatible con la normativa del Parque Regional y no se procedería a tramitar el procedimiento ambiental de aplicación (folios 357 a 367) y que la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón ha informado igualmente sobre la clasificación del suelo en el que se localiza la parcela y sobre el carácter no autorizable ni legalizable de las obras, construcciones e instalaciones objeto de informe, que no cumplen con los requisitos establecidos por el "PGOU".

8.- Por ello, se añade que no procede la suspensión del procedimiento, que siempre es excepcional, por la prejudicialidad administrativa invocada.

9.- Se recoge que "Los propietarios de la parcela debían ser conscientes no sólo de la necesidad de la previa licencia administrativa para la construcción (licencia que no podía serles concedida y que han solicitado muchos años después de haber llevado a cabo la construcción), sino también de la ubicación del terreno en suelo no urbanizable que se encuentra dentro de un espacio natural protegido (la parcela estaba alejada del núcleo urbano de Villaviciosa de Odón, próxima al Río Guadarrama y ya en el año 2009 fueron informados de que la finca estaba dentro del parque regional -vid. folios 232, 284 y 291-), pese a lo cual, emprendieron las obras objeto de los hechos que se enjuician, por lo que no se puede apreciar error en su actuación que permita excluir o atenuar su responsabilidad criminal, bastando para que aparezca el delito que, como aquí ocurre, tuvieran conciencia de la probabilidad de antijuridicidad del acto".

10.- Se relaciona la prueba concurrente respecto a la naturaleza de suelo no urbanizable de la parcela y su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno, que se desprende del contenido de los Atestados aportados, así como los daños ambientales producidos.

Constan declaraciones de los agentes que han llevado la investigación, testigos y peritos reflejados en la sentencia.

SEGUNDO.- 1.- Por quebrantamiento de forma al amparo de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 851 de la LECrim en relación con el artículo 789.3 de la LECrim, cuando el Tribunal pene en la sentencia por un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, si el Tribunal no hubiere procedido previamente como determina el artículo 733.

Si, como se sostiene por la recurrente el Fiscal había calificado inicialmente por la vía del art. 319.1 en relación con el art. 338 CP y después al momento de elevar las conclusiones provisionales a definitivas lo hace por la vía del art. 319.2 CP en relación con el art. 338 CP es la parte que ahora formula la queja la que, en su caso, debió instar la suspensión, si así lo entendía, para poder aportar pruebas nuevas determinantes de un nuevo enfoque en base a esa modificación, pero no hacerse de oficio por el Tribunal, ya que cuando el art. 788.4 LECRIM se refiere al supuesto de la "posibilidad" de suspensión del juicio lo hace, ante un cambio en las conclusiones definitivas del fiscal, a instancia de la defensa ante el tribunal planteando la suspensión, y no esperarse a cuestionarlo, como ahora se lleva a cabo, por la vía de un recurso, ya que no puede plantearse un quebrantamiento de forma determinante de una posible indefensión si la parte no ha dispuesto lo necesario para poder aportar elementos de prueba o alegaciones ante el cambio de la acusación. Y, además, la defensa ya acudió al juicio con el arsenal de pruebas y alegaciones del art. 319.1 CP que era inicialmente objeto de acusación, por lo que ninguna indefensión material ha podido existir. Pero más aún cuando no se solicita al tribunal la suspensión del juicio oral, como lo exige claramente el art. 788.4 LECRIM, y como apunta el Fiscal de Sala.



Hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo 520/2021 de 16 Jun. 2021, Rec. 3341/2019 que:

"El recurrente quedó enmarcado en los hechos iniciales de acusación dentro de la estructura y el engranaje básico del operativo del que se acusa, con independencia de matices ejecutivos que puedan aclararse en la prueba practicada en el plenario para depurar mejor los hechos y que ello dé lugar a la fijación en el juicio, y tras la prueba, del escrito de conclusiones definitivas, ya que esa es la finalidad y objetivo de dar esta opción a las partes del proceso penal para que puedan modificar sus conclusiones provisionales a la hora de elevarlas a definitivas.

Y, además, en el caso de ser así para ello está de forma complementaria para evitar indefensión la dicción del art. 788.4 LECRIM, que señala que 4. Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas

Pues bien, aunque el recurrente sostenga que ha existido indefensión, ésta no se produce, por cuanto en estos casos bien puede ejecutarse la vía del art. 788.4 LECRIM y su no uso y proposición de prueba es contradictorio con el alegato posterior de indefensión".

Y otro dato relevante al que alude el Fiscal de Sala, que no es menos importante, y es el referido a que los recurrentes en la exposición del presente motivo no señalan ni proponen nada respecto de las diligencias que la defensa hubiese propuesto o algún aspecto jurídico que no hubiese podido preparar para rebatir la reformulada acusación.

Consta en los antecedentes de hecho de la sentencia en cualquier caso que "El Ministerio Fiscal modificó sus conclusiones provisionales en el acto del juicio oral y, en las definitivas, calificó los hechos como constitutivos de: un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, vigente en la época de los hechos, con la cualificación prevista en el artículo 338 del mismo texto legal en concurso legal del artículo 8.4 del Código Penal con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal para cada uno de los cuales interesó las penas de cuatro años de prisión y accesorias.

El Tribunal fija los hechos probados y los subsume en el FD nº 2 refiriendo en el FD nº 2 que "Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de los delitos objeto de la acusación del Ministerio Fiscal, esto es, un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, vigente en la época de los hechos, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal, en concurso legal del artículo 8.4 del Código Penal con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal.

Sin embargo, lejos de lo que se menciona y postula por los recurrentes el Tribunal motiva en el FD nº 5 de la sentencia que: "En la determinación de la pena imponible debe tenerse en cuenta que, como ya dijimos, nos encontrábamos ante un concurso de normas previsto en el artículo 8 del Código Penal, si bien, al tratarse de construcciones efectuadas en suelo no urbanizable integrado en un espacio natural protegido, el Tribunal Supremo ha excluido, por desproporcionada, la doble agravación que resultaría de la aplicación de la protección reforzada del artículo 319.1 del Código Penal y la hipeprotección del artículo 338, que no son compatibles, pues se ponderaría dos veces una misma circunstancia: el valor ecológico, de modo que, *para evitar el "bis in idem", ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los artículos 319.2 y 338, a la que nos lleva el principio de alternatividad.*"

Con ello, el alegato del recurrente, ya con ello, no puede prosperar, pero a mayor abundamiento se añade en este FD nº 5 en la determinación de la pena que:

"La pena fijada en el artículo 319.2 del Código Penal es de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a cuatro años, debiendo imponerse las penas superiores en grado por aplicación del artículo 338, es decir, prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses y multa de veinticuatro a treinta y seis meses, aunque, concurriendo una atenuante, la pena ha de aplicarse en su mitad inferior.

Valoradas la trascendencia de los delitos cometidos, la intensidad del reproche que merecen y las circunstancias personales de los acusados (entre ellas, la ausencia de antecedentes penales), entendemos adecuadas y proporcionadas, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 319.2, 338, 42, 50 y 53 del Código Penal, las penas de tres años y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día, con una



cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de cuatro años y un día (penas mínimas legalmente imponibles)."

Con ello, no existe la indefensión que se predica en el motivo, toda vez que la pena parte de la vía del art. 319.2 CP y es menor, además, que la postulada por el Fiscal.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de norma sustantiva, en concreto lo dispuesto en el artículo 789.3 de la LECrim, con inferencia en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Como con acierto sostiene el Fiscal de Sala la parte utiliza una vía incorrecta para la formulación del motivo, ya que lo articula por "error iuris" que exige el más absoluto respeto a los hechos probados y que se refiere solo al juicio de subsunción de los hechos en el tipo penal, pero que no admite que bajo este motivo se formule una queja del acusatorio, ya que está impedido de hacerlo para la cobertura del motivo del art. 849.1 LECRIM.

Pero en cualquier caso, como ya antes se ha explicado, en el presente caso, la lectura de las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal, cuya calificación figura transcrita en apartado primero de los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, evidencia que la tipificación penal que efectúa con carácter definitivo el Fiscal es literalmente asumida por la Audiencia.

No se aprecia, pues, merma del derecho de defensa, ni se introdujeron hechos ausentes en las fases previas del proceso. Pero es que, además, como consta en el FD nº 5 de la sentencia recurrida, la pena se impone en base al art. 319.2 CP en relación con el art. 338 CP objeto de acusación por el Fiscal. No hay merma alguna del acusatorio. La defensa acudió al juicio sabiendo los hechos por los que se acusaba y los tipos penales contenidos en el escrito de acusación, de los que en modo alguno se separa el tribunal al dictado de la sentencia, que es lo que hubiera determinado la vulneración del acusatorio.

La pena impuesta lo es *de conformidad con lo preceptuado por los artículos 319.2, 338, 42, 50 y 53 del Código Penal, las penas de tres años y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día, con una cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de cuatro años y un día (penas mínimas legalmente imponibles).*

El propio recurrente señaló en su motivo 1 que: "el Fiscal modificó sus conclusiones provisionales o previas a dicha anterior calificación tras la celebración de la prueba en el acto del plenario, solicitando acusación definitiva, por el delito previsto en el apartado 2 del artículo 319 del Código Penal (art. 319.2 CP) con la misma agravante del artículo 338 CP en relación a los mismos anteriores preceptos relacionados en la calificación provisional aludida."

Sobre el acusatorio recordamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 162/2022 de 23 Feb. 2022, Rec. 839/2020 que:

Exigencias de que el enjuiciamiento se lleve a cabo dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación y los introducidos por la defensa:

"De manera reiterada hemos señalado (entre otras muchas en SSTS 409/2018, de 18 de septiembre ; 192/2020, de 20 de mayo) que el principio acusatorio es una consecuencia más del sistema constitucional de garantías procesales. Se concreta en la necesidad de que se formule acusación por una parte ajena al órgano jurisdiccional y que éste se mantenga en su enjuiciamiento dentro de los términos fácticos y jurídicos delimitados por dicha acusación y los introducidos por la defensa. Lo esencial es que la persona acusada haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria y obliga al Juez o Tribunal a pronunciarse en el ámbito de los términos del debate, tal y como han quedado definitivamente formulados por las partes.

El acusatorio exige que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se le atribuye y la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates del juicio.

Lo esencial es que la defensa del acusado tenga conocimiento con antelación suficiente de lo que se le atribuye y la oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates del juicio, sin que la sentencia pueda condenar de modo sorpresivo por algo de lo que antes no se acusó y respecto de lo cual, consiguientemente, no pudo articular su estrategia defensiva. La acusación ha de ser precisa y clara respecto del hecho y del delito por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal acusación, sin introducir elementos nuevos respecto de los cuales no haya existido antes posibilidad de defenderse.



Exigente correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia.

Esa correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia se manifiesta en la vinculación del Tribunal a algunos aspectos de aquella, concretamente a la identidad de la persona contra la que se dirige, que no puede ser modificada en ningún caso. A los hechos que constituyen su objeto, que deben permanecer inalterables en su aspecto sustancial, aunque es posible que el Tribunal prescinda de elementos fácticos que no considere suficientemente probados o añada elementos circunstanciales o de detalle que permitan una mejor comprensión de lo sucedido según la valoración de la prueba practicada. Y a la calificación jurídica, de forma que no puede condenar por un delito más grave o que, no siéndolo, no sea homogéneo. (entre otras SSTS 429/2009, de 28 de julio).

Clave en el respeto al acusatorio es que no hubo elementos esenciales de los hechos o de la calificación final que no pudieran haber sido plena y frontalmente debatidos

Lo decisivo a efectos de la lesión del artículo 24.2 CE es la efectiva constancia de que no hubo elementos esenciales de los hechos o de la calificación final que no pudieran haber sido plena y frontalmente debatidos, pues lo determinante es verificar que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo (entre otras muchas SSTS 241/2014, de 26 de marzo ; 578/2014 de 10 de julio ; 638/2016 de 19 de abril ; 798/2017 de 11 de diciembre).

En palabras que tomamos de la STS 8/2020, de 23 de enero :

"El principio acusatorio se integra en nuestro ordenamiento procesal penal como presupuesto básico del enjuiciamiento penal. Sin una proclamación constitucional explícita, el art. 24 de la Constitución recoge las manifestaciones de su contenido esencial. Así, el derecho de defensa, el de ser oído, el de conocer la acusación planteada, etc. principios que se manifiestan tanto en la sentencia, observando la debida congruencia entre acusación y fallo, como en el enjuiciamiento y en la propia instrucción de la causa, asegurando un proceso penal con vigencia de los principios básicos del enjuiciamiento penal como la igualdad de las partes procesales y de las armas empleadas, la contradicción efectiva y, en definitiva, el derecho de defensa.

Manifestación principal del acusatorio es que el órgano enjuiciador no pueda realizar una subsunción distinta de la postulada por la acusación a salvo, claro está, los supuestos de homogeneidad delictiva, pues esa resolución jurisdiccional, aún amparada en el principio "iura novit curia", lesionaría el derecho del acusado a conocer la acusación con carácter previo al enjuiciamiento de una conducta para así posibilitar su defensa. Esta construcción de la homogeneidad y heterogeneidad delictiva se efectúa sobre un contenido sustancial, cual es, la interdicción de variación del hecho sometido a juicio."

La jurisprudencia de esta Sala al analizar el contenido esencial del principio acusatorio lo ha anudado al derecho de defensa. Hemos dicho, por todas Sentencia de 7 de junio de 1993 , que "El principio acusatorio es una manifestación de otro principio primario y más general, cual es que toda persona tiene derecho a defenderse" y es por ello que esta Sala ha conformado el derecho de defensa, en su aspecto relacionado con el principio acusatorio, no sólo al hecho -el factum- sino también a la calificación jurídica, estableciendo toda una doctrina sobre ese doble contenido que afecta a la congruencia entre acusación y sentencia, a la reformatio in peius, al planteamiento de la tesis del art. 733, etc."

Con ello:

- 1.- No hubo indefensión material alguna.
- 2.- Pudo defenderse el recurrente en debida forma.
- 3.- No hubo impedimento alguno a hacerlo de lo que sabía que se le acusaba.
- 4.- La acusación es la del escrito de conclusiones definitivas.

Además, esta Sala ha señalado en sentencia del Tribunal Supremo 520/2021 de 16 Jun. 2021, Rec. 3341/2019 (También en sentencia del Tribunal Supremo 214/2018 de 8 May. 2018), que:

"El objeto del proceso -decíamos en nuestras SSTS 1143/2011, 28 de octubre ; 651/2009, 9 de junio y 777/2009, 24 de junio - es de cristalización progresiva. Las conclusiones provisionales (art. 650 LECrim) permiten definir los términos de los debates del juicio oral. Pero son las conclusiones definitivas las que delimitan el objeto del proceso, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. Y son precisamente tales conclusiones definitivas, formuladas una vez practicadas las pruebas en el juicio oral, las que han de ser tomadas como referencia para determinar la ineludible correlación entre la acusación y el fallo, presupuesto inderogable del principio acusatorio.

En palabras de la STS 284/2001, 20 de febrero , es doctrina consolidada la de que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, habiendo de resolver la sentencia penal sobre



tales conclusiones de las partes y no sobre las provisionales; (...). De ahí que toda pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificación provisional privaría de sentido al art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral.

La calificación de que ha de partir el juzgador es la contenida en el escrito de "conclusiones definitivas" que pueden ser distintas de las "provisionales", como consecuencia del resultado del Juicio Oral (artículo 732 LECrim), ya que el verdadero instrumento procesal de la acusación es dicho escrito de "conclusiones definitivas" (SSTC 12/1981, 10 de abril , 20/1987, 19 de febrero ; 21/1989, 16 de mayo ; y SSTS 2389/1992, 11 de noviembre y 1273/1991, 9 de junio). La pretendida fijación de la acusación en el escrito de calificaciones provisionales privaría, como se ha expuesto, por un lado, de sentido al artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por otro, haría inútil la actividad probatoria practicada en el juicio oral. La posibilidad de modificación de conclusiones al formularse la calificación definitiva a la vista del resultado probatorio viene ofrecida por el artículo 732 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , siendo en esta definitiva calificación donde queda fijado el objeto del proceso y se establece la exigencia de correlato entre acusación y fallo. Es por ello que la ley habilite la posibilidad de suspender el enjuiciamiento para tomar conocimiento de una modificación de las conclusiones definitivas que suponga una alteración del objeto del proceso, quedando vedado a la acusación una modificación que supongan alteración sustancial del objeto dentro del proceso como precisamente por la adhesión al derecho de defensa. No es el caso de esta casación puesto que no se ha producido una mutación sustancial del hecho, antes al contrario se han clarificado determinados aspectos de la imputación, ni ha habido una incorporación de hechos nuevos que necesiten de una nueva actividad probatoria, sino que ha sido consecuencia del desarrollo del juicio oral llevado al éxito de conclusiones definitivas respecto al cual la defensa ha podido defenderse.

En la STS 58/2018, de 1 de febrero , recordamos que nada impide introducir un nuevo título de condena y no se produce un apartamiento del objeto procesal por introducir en el debate esa novedosa perspectiva jurídica.

El Fiscal en el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa (los hechos punibles que resulten del sumario) puede extender, con ciertos límites, la acusación a hechos distintos pero conectados, así como ampliarla subjetivamente frente a quienes ya están imputados y acusados. Y también -y esto es lo que sucede aquí- puede introducir nuevas alternativas de subsunción jurídica siempre que no comporte alteraciones competenciales o procedimentales (en cuyo caso habrían de hacerse algunas matizaciones) o no haya sido ya definitivamente excluida (v.gr. por haberse estimado un recurso contra el procesamiento). No sería posible más que con condiciones muy estrictas la introducción de unos hechos nuevos ajenos a la fase de investigación.

Pero si se trata de conductas investigadas, objeto del proceso y no excluidas del mismo, no hay obstáculo para modificar el título de imputación o efectuar otras alteraciones de esa índole."

Difícilmente, por ello, puede haber vulneración del acusatorio en base a lo antes expuesto cuando es esta la dirección que sigue el tribunal a la hora de la determinación de la pena aplicando la impuesta por la misma calificación de la que se queja el recurrente cuando hay debida sujeción a lo ya instado por la acusación sin vulnerarse con ello el acusatorio, y sin que, pese a todo ello, la defensa hubiera instado por la vía del art. 788.4 LECRIM la suspensión del juicio en todo caso.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, y artículo 4 de la LECrim en relación con infracción de derecho constitucional, artículo 24 de la CE en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva y el artículo 25 CE en cuanto a la presunción de inocencia de los condenados.

Insisten los recurrentes en el planteamiento formulado como cuestión prejudicial ante la Audiencia Provincial, alegando que las obras objeto de enjuiciamiento se encuentran sometidas a un procedimiento administrativo que afecta al tipo penal, en cuanto la inocencia o culpabilidad depende de que sea "no autorizable" o "no legalizable" la licencia de "calificación urbanística" que tienen solicitada -como otros vecinos de la zona-.

Nos encontramos en este caso también con una defectuosa formulación del motivo, ya que lo dirige al "error iuris" que, como es sabido, exige el más absoluto respeto de los hechos probados y basa el motivo ex infracción de ley no en un precepto del texto penal que determinaría, en su caso, error en la subsunción de los hechos probados, sino en el art. 4 LECRIM para después anudar el motivo al art. 24 y 25 CE relacionado con la presunción de inocencia, que, en modo alguno se refiere a la cuestión que luego desarrolla referida a la cuestión de la prejudicialidad administrativa. Existe, por ello, error en el motivo planteado en cuanto al cauce procesal elegido que debería dar lugar, ya de por sí, a la inadmisión del motivo por no ser adecuado el cauce elegido. Ello, además que no pueden plantearse dos motivos en un único cauce, como aquí se lleva a cabo y alterando el objeto de cada uno de los motivos invocados en relación con el sustento de su pretensión.

En cualquier caso, el tribunal de instancia desestimó el alegato de la suspensión señalando que:



"Debe recordarse que, una vez que el legislador, por la mayor gravedad del hecho, ha dispuesto qué ha de ser contemplado como infracción penal y cómo un ilícito administrativo, es el proceso penal el que, con arreglo a las normas penales, ha de dar respuesta y ello tanto a 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 (vid. STS 443/2013, de 22 de mayo). A diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad, que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto, salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los artículos 3 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con los límites del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (vid. STS 846/2012, de 5 de noviembre). Una interpretación amplia de lo prevenido en el artículo 40 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, impediría prácticamente el enjuiciamiento autónomo de los tipos delictivos, pues en todos ellos la determinación de la concurrencia de alguno de los elementos integrantes del tipo -y en definitiva la culpabilidad o inocencia del acusado- dependerá de la previa valoración, resolución o interpretación de una cuestión jurídica de naturaleza extrapenal (vid. STS. 363/2006, de 28 de marzo).

Atendida la anterior doctrina jurisprudencial y teniendo en cuenta que la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid ya se ha pronunciado sobre la clasificación de la Parcela NUM000 de Villaviciosa de Odón (folios 350 a 354), la Consejería de Medio Ambiente ya ha señalado que la instalación no es compatible con la normativa del Parque Regional y no se procedería a tramitar el procedimiento ambiental de aplicación (folios 357 a 367) y que la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón ha informado igualmente sobre la clasificación del suelo en el que se localiza la parcela y sobre el carácter no autorizable ni legalizable de las obras, construcciones e instalaciones objeto de informe, que no cumplen con los requisitos establecidos por el "PGOU (folios 519 a 522), consideramos que no procede la suspensión del procedimiento, que siempre es excepcional, por la prejudicialidad administrativa invocada."

Pues bien, habida cuenta que el cauce elegido es el de infracción de ley hay que recordar que ello exige el más absoluto respeto de los hechos probados, y en cuanto al tema cuestionado se refiere en los mismos que:

"Dichas obras se desarrollaron en la "Zona de Mantenimiento de la Actividad" del "Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno", coincidente con el Lugar de Interés Comunitario, código ES-3110005 "Cuenca del Río Guadarrama", perteneciente a la Red Ecológica Europea Natura 2000, por lo que tenía la condición de Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes, salvo las vinculadas a actividades agrícolas, ganaderas, forestales y análogas, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y respetando los valores ambientales de la zona del espacio natural protegido en que se ubicaba.

No se solicitó ningún tipo de autorización para realizar las ilícitas actividades arriba descritas, las cuales no eran autorizables ni legalizables...."

Esta misma referencia, visto el cauce utilizado en vía casacional por el recurrente da lugar directamente a la desestimación del motivo, dado que el recurrente no respeta los hechos probados donde claramente se hace constar que se trataba de *Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes.* Con ello, la condena antes referida permite el correcto y adecuado proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo objeto de condena.

Además, la tipificación de los hechos se refiere al momento en el que estos se cometen, no pudiendo estarse a la espera del carácter "futurible" de un terreno cuando de la prueba practicada se colige, como así lo declara el tribunal el carácter y condiciones del suelo donde se llevaron a cabo las construcciones ilegales con pleno conocimiento de que así lo era, porque ni podían conseguir una autorización para ello, y sabían que sería negativa como así consta en los hechos probados.

Por ello, al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).



Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Y en el presente caso no se produce ese respeto que con total evidencia determina la imposibilidad de llevar a cabo construcción alguna en el suelo reflejado en los hechos probados.

Las condiciones en relación al suelo son las que se reflejaron en los hechos probados. No cabía suspensión alguna acerca del carácter futuro del suelo, sino adecuación a lo que constó en la investigación y lo que resultó de cara a la autoridad administrativa que es quien certifica en el proceso penal a qué tipo de suelo nos estábamos refiriendo. Y ello consta con claridad en los hechos probados, y el tribunal da respuesta a esta cuestión apuntando la contestación de la autoridad administrativa al señalar que:

"...la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid ya se ha pronunciado sobre la clasificación de la Parcela NUM000 de Villaviciosa de Odón (folios 350 a 354), la Consejería de Medio Ambiente ya ha señalado que la instalación no es compatible con la normativa del Parque Regional y no se procedería a tramitar el procedimiento ambiental de aplicación (folios 357 a 367) y que la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón ha informado igualmente sobre la clasificación del suelo en el que se localiza la parcela y sobre el carácter no autorizable ni legalizable de las obras, construcciones e instalaciones objeto de informe, que no cumplen con los requisitos establecidos por el "PGOU"

Pero es que, además, consta en la sentencia explicado con una concreta, acertada y detallada argumentación jurídica que ofrece luz al objeto que aquí se cuestiona, que:

"B) Se llevaron a cabo numerosas construcciones (descritas en el apartado de "HECHOS PROBADOS"), que, dadas las condiciones y circunstancias de la parcela, eran incompatibles con la normativa reguladora del parque, ocasionaron perjuicios en el espacio natural protegido y no eran autorizables ni aun cuando se hubiera solicitado licencia y la edificación, por sus características, tiene vocación de permanencia, (viviendas, bases sobre materiales de obra, soleras de hormigón, anclajes al suelo, patios, conexiones a redes de suministros, fosas sépticas, etc., que permiten deducir su uso residencial). La normativa aplicable sólo permitía, como hemos dicho, que se desarrollaran en la zona actividades agrícolas, ganaderas y forestales, con. Las construcciones auxiliares vinculadas a la explotación de esas actividades, pero no construcciones de uso residencial.

C) Los propietarios de la parcela debían ser conscientes no sólo de la necesidad de la previa licencia administrativa para la construcción (licencia que no podía serles concedida y que han solicitado muchos años después de haber llevado a cabo la construcción), sino también de la ubicación del terreno en suelo no urbanizable que se encuentra dentro de un espacio natural protegido (la parcela estaba alejada del núcleo urbano de Villaviciosa de Odón, próxima al Río Guadarrama y ya en el año 2009 fueron informados de que la finca estaba dentro del parque regional -vid. folios 232, 284 y 291-), pese a lo cual, emprendieron las obras objeto de los hechos que se enjuician, por lo que no se puede apreciar error en su actuación que permita excluir o atenuar su responsabilidad criminal, bastando para que aparezca el delito que, como aquí ocurre, tuvieran conciencia de la probabilidad de antijuridicidad del acto."

Pero es que, además, el tribunal examina y explica de forma detallada la irregularidad con respuesta penal de lo actuado por los recurrentes en orden a la ilegalidad de lo construido al señalar respecto de la prueba concurrente que:

"1.- Carácter de suelo no urbanizable de la parcela.

La naturaleza de suelo no urbanizable de la parcela y su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno, se desprende del contenido de los Atestados no NUM001 y NUM002 (instruido el 26.01.10 y el 26.01.11) del Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid (folios 11 a 21, 61 a 114, 217 a 266, 281 a 294 y 315 a 325), con sus anexos cartográficos y fotográficos y plano de localización, del Informe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón (folio 332), del Informe de la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid (folios 351 a 354), del Informe de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (folios 355 a 364) y del Informe del Servicio de Medio Ambiente e Industria del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón (folios 520 a 522), así como de las manifestaciones de los agentes forestales no NUM003, NUM004 y NUM005, responsables de los informes y de las inspecciones en la parcela, y de la ratificación y ampliación de los informes periciales en el plenario por los peritos, Anibal, Apolonio e Baldomero.

2.- Características de lo edificado que consta en los hechos probados.



Las características y concretas circunstancias de las edificaciones se han acreditado por el Atestado nº NUM001 del Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid (folios 11 a 21 y 61 a 114), con sus anexos cartográficos y fotográficos, la diligencia de entrada y registro en la finca (folios 48 a 55) y las manifestaciones de los agentes forestales nº NUM003, NUM004 y NUM005.

3.- Daños ambientales producidos.

Los daños ambientales ocasionados se han justificado por el Informe de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (folios 355 a 364) y por su ratificación en el plenario por los peritos.

4.- Fecha de las construcciones.

La fecha de las construcciones se desprende de lo declarado por los agentes forestales nº NUM003 y NUM005 en cuanto a las diferencias de lo que en sus inspecciones apreciaron que estaba construido en los años 2009 y 2011 (en las que, según dijeron, los elementos eran esencialmente móviles) y las nuevas edificaciones, que sólo pudieron ser acometidas y ejecutadas entre 2011 y 2014, a la vista de lo que observaron en la inspección de 2014, así como de los planos y documentos fotográficos incorporados a la causa en los que se comparan las construcciones apreciadas en 2011 y 2014 (folios 366 y 367 y 98) y de lo informado por los peritos en el acto del juicio."

El carácter y las condiciones del suelo eran conocidos por los recurrentes. Sabían que allí no se podía construir y, pese a ello, lo hicieron. No cabe construir el tipo penal que pueda tener una relación indirecta con el derecho administrativo en supuestos de posible "espera" o "condiciones de futuro" cuando la actuación llevada a cabo al momento de los hechos es delictiva como así se desprende del contenido de la prueba y de la respuesta dada a cabo por la propia Administración respecto de la cual los recurrentes postulan la "espera". La consistencia y referencia de los hechos probados hace insostenible el planteamiento del motivo, habida cuenta la preferencia del proceso penal.

En este caso la decisión de la culpabilidad, o no, no dependía de ninguna decisión administrativa, ya que, muy al contrario, lo que consta en la sentencia del tribunal de instancia es que la propia Administración pública competente ya había expuesto su parecer sobre el carácter prohibido del terreno para llevar a efecto las construcciones ilegales realizadas. Por ello, la espera y la suspensión del proceso penal eran inconsistente, de ahí que no había necesidad de espera ni suspensión ante una decisión sobre la que la Administración ya se había pronunciado y formaba parte del arsenal probatorio expuesto por el tribunal en su sentencia.

Como recuerda el Fiscal de Sala estamos ante un supuesto de alteración paisajística con contaminación de aguas y afectación a la fauna salvaje en el entorno del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama, y la referencia al pronunciamiento de la Administración formó parte de la prueba practicada. No había lugar a la suspensión que hubiera supuesto una dilación indebida para el propio proceso penal y el perjuicio para la propia ordenación del territorio ante el retraso en la ejecución de una sentencia para demoler lo indebidamente construido cuando la ilegalidad era patente y así lo había señalado la Administración competente.

Como sostiene el Fiscal de Sala de universalizarse el criterio defendido por la parte recurrente se llegaría al absurdo práctico de que cualquier actuación de la jurisdicción criminal sobre asuntos con implicaciones de orden administrativo tendría que ser precedida por una intervención determinante de la jurisdicción correspondiente, con la consiguiente atribución de un rango residual o subsidiario a la primera.

Además, esta Sala del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este punto en la Sentencia de 23 de Marzo de 2006 donde se recoge que *"La regla contenida en el párrafo primero del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la decimonónica LECrim. Esta concepción es además congruente con la naturaleza de los tipos delictivos propios del Derecho Penal actual, en el que la ampliación de la tutela penal a un espectro más amplio de bienes jurídicos de esencial relevancia social, impone una configuración de los tipos plagada de elementos normativos extrapenales: delitos ambientales, delitos urbanísticos, etc. Esta tutela penal frente a los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del ordenamiento quedaría vacía de contenido efectivo si en el propio proceso penal no se pudiesen resolver, como regla general, las cuestiones jurídicas de otra naturaleza necesarias para la constatación de la concurrencia del delito objeto de enjuiciamiento. El citado art. 10.1 de la LOPJ atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solo efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. Esta sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento (efecto devolutivo) para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional. Esta regla viene avalada por el reconocimiento del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas*



tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso ante otro orden jurisdiccional."

En consecuencia, y como resumen, cabe precisar que:

- 1.- El terreno donde se llevaron a cabo las construcciones ilegales, según consta en los hechos probados, tenía la condición de Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes, salvo las vinculadas a actividades agrícolas, ganaderas, forestales y análogas, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y respetando los valores ambientales de la zona del espacio natural protegido en que se ubicaba.
- 2.- No se solicitó ningún tipo de autorización para realizar las ilícitas actividades arriba descritas, las cuales no eran autorizables ni legalizables.
- 3.- Consta en los hechos probados que las actividades desarrolladas afectaron de modo efectivo, negativo y significativo al Espacio Natural Protegido en el que se realizaron, afectación que se concretó en ocupación del terreno, alteración paisajística, alteración edáfica, alteración de la cubierta vegetal, potencial contaminación por aguas servidas, residuos sólidos urbanos u otros agentes contaminantes y realización de cerramientos que impiden la circulación de la fauna silvestre.
- 4.- Consta en los hechos probados que las construcciones llevadas a cabo por los acusados supusieron una afectación, al menos potencial, a la fauna protegida presente en la zona.
- 5.- Consta que los daños ambientales han sido tasados pericialmente en 24.066,62 euros.
- 6.- Se recoge en la sentencia que la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid ya se ha pronunciado sobre la clasificación de la Parcela NUM000 de Villaviciosa de Odón (folios 350 a 354), la Consejería de Medio Ambiente ya ha señalado que la instalación no es compatible con la normativa del Parque Regional y no se procedería a tramitar el procedimiento ambiental de aplicación (folios 357 a 367) y que la Concejalía de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón ha informado igualmente sobre la clasificación del suelo en el que se localiza la parcela y sobre el carácter no autorizable ni legalizable de las obras, construcciones e instalaciones objeto de informe, que no cumplen con los requisitos establecidos por el "PGOU".
- 7.- Por ello, se añade que no procede la suspensión del procedimiento, que siempre es excepcional, por la prejudicialidad administrativa invocada.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador.

Se sostiene la queja "en cuanto a la resuelta naturaleza de suelo como no urbanizable de la parcela y su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno>>, seguidamente los recurrentes relacionan una serie de documentos (enumerados como DOC. 3, 3,1, 4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 10, 11) que fueron aportados en el acto del juicio, manifestando que no fueron valorados en forma por el Tribunal."

Alegan los recurrentes que la debida valoración de tales documentos *"confirman en primer lugar el carácter legalizable de la actuación objeto de juicio, y en segundo lugar, determinan la improcedencia de atender al tipo de suelo o su clasificación como un elemento cumplido del tipo penal del art. 319 del CP"*.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestran la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;



2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;

3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y

4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Hay que tener en cuenta que los documentos que se citan no son literosuficientes, pues fueron sometidos a la valoración conjunta de la prueba, no sólo la documental, sino las pruebas personales practicadas en el plenario y que se citan por el tribunal. Y las inferencias probatorias que el recurrente deduce de estos documentos están en contradicción con la valoración global de todos los elementos probatorios.

El Tribunal ha realizado una ponderada y extensa valoración de la prueba que no decae en modo alguno por los documentos que la parte recurrente cita y que no tienen el valor de destruir la capacidad probatoria de la prueba de cargo tenida en cuenta por el tribunal.

La prueba sobre la que se sustenta la condena lo es en definitiva:

"La naturaleza de suelo no urbanizable de la parcela y su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno, se desprende del contenido de los Atestados no NUM001 y NUM002 (instruido el 26:01.10 y el 26.01.11) del Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid (folios 11 a 21, 61 a 114, 217 a 266, 281 a 294 y 315 a 325), con sus anexos cartográficos y fotográficos y plano de localización, del Informe de los Servicios Técnicos del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón (folio 332), del Informe de la Dirección General de Urbanismo de la Comunidad de Madrid (folios 351 a 354), del Informe de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (folios 355 a 364) y del Informe del Servicio de Medio Ambiente e Industria del Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón (folios 520 a 522), así como de las manifestaciones de los agentes forestales no NUM003 , NUM004 y NUM005 , responsables de los informes y de las inspecciones en la parcela, y de la ratificación y ampliación de los informes periciales en el plenario por los peritos, Anibal , Apolonio e Baldomero .

Las características y concretas circunstancias de las edificaciones se han acreditado por el Atestado no NUM001 del Cuerpo de Agentes Forestales de la Comunidad de Madrid (folios 11 a 21 y 61 a 114), con sus anexos cartográficos y fotográficos, la diligencia de entrada y registro en la finca (folios 48 a 55) y las manifestaciones de los agentes forestales no NUM003 , NUM004 y NUM005 .

Los daños ambientales ocasionados se han justificado por el Informe de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid (folios 355 a 364) y por su ratificación en el plenario por los peritos.

La fecha de las construcciones se desprende de lo declarado por los agentes forestales no NUM003 y NUM005 en cuanto a las diferencias de lo que en sus inspecciones apreciaron que estaba construido en los años 2009 y 2011 (en las que, según dijeron, los elementos eran esencialmente móviles) y las nuevas edificaciones, que sólo pudieron ser acometidas y ejecutadas entre 2011 y 2014, a la vista de lo que observaron en -la inspección de 2014, así como de los planos y documentos fotográficos incorporados a la causa en los que se comparan las construcciones apreciadas en 2011 y 2014 (folios 366 y 367 y 98) y de lo informado por los peritos en el acto del juicio."

La recurrente expone que "impugna que tales informes, tengan consideración de resoluciones administrativas o documentos administrativos que desvirtúen el contenido propio de otros documentos públicos"

La parte recurrente pretende dotar de mayor fuerza probatoria a los documentos que se citan, pero en modo alguno se evidencia una destrucción de la fuerza probatoria de los que ha citado el tribunal que alteren la inferencia que le ha llevado a la condena por delito contra la ordenación del territorio. Los recurrentes sabían lo que estaban haciendo y que no era posible en ese terreno la construcción, y, pese a ello, la llevaron a cabo.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de Ley sustantiva, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestren la equivocación del juzgador.



El recurrente plantea este motivo como "submotivo del anterior".

Pues bien, ya hemos expuesto en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 131/2022 de 17 Feb. 2022, Rec. 933/2020 que: "El planteamiento de motivos con submotivos o apartados no supone una depurada técnica casacional ex art. 874 LECRIM por articularse de forma conjunta submotivos en un mismo motivo" Y tampoco es posible articular submotivos. Ni conjunta ni de forma separada. Esta técnica no está admitida en el art. 874 LECRIM y no es procedente. Los motivos son independientes unos de otros y no puede existir una subordinación o interdependencia de un motivo con otro bajo la técnica del "submotivo" como se lleva a cabo en varios motivos en el recurso, lo que, ya de por sí, debería dar lugar a la inadmisión.

En cualquier caso respecto de los documentos que se citan alegan los recurrentes que la debida valoración de tales documentos "acredita otra realidad fáctica y jurídica o administrativa distinta al señalado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia, para considerar que no hay prescripción". Añaden que "el Tribunal ha incurrido en un error de valoración de la prueba, a la hora de no apreciar la prescripción invocada al igual que al determinar como elementos de obra (...) todas las que incorpora a la relación de los hechos probados en la sentencia, sin atender tampoco al verdadero estado y situación urbana de la zona y el grado de consolidación urbana que tiene como tal".

Pues bien, hay que señalar, además de lo antes expuesto respecto de los submotivos que no puede sostenerse el alegato de la prescripción por la vía del art. 849.2 LECRIM que hace referencia única y exclusiva al pretendido error en la valoración de la prueba respecto a contenido documental, lo que hace inviable la mención del alegato de la prescripción basado en la vía impugnativa del art. 849.2 LECRIM.

En cualquier caso, el Tribunal resolvió el alegato de prescripción señalando que:

"A propósito de la excepción de prescripción, atendidas las penas con las que están castigados los delitos objeto de la acusación, delitos de los artículos 319.1 y 319.2 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, el plazo de prescripción sería de cinco años, con arreglo a las previsiones del artículo 131.1 del Código Penal, de modo que habiéndose acreditado que, no obstante lo alegado por la defensa, la conducta delictiva se desarrolló entre el 11 de febrero de 2011 y el 3 de octubre de 2014 (y no en el año 2009, como se dice), que el procedimiento se inició el 9 de enero de 2015 (fecha del auto del Juzgado de Instrucción no 6 de Móstoles de incoación de sus Diligencias Previas no 5499/2014), que a los investigados se les recibió declaración el mes de noviembre de 2015 y que en la tramitación de la causa no se han producido paralizaciones en el trámite superiores al plazo contemplado en el artículo 131.1 del Código Penal, no cabe declarar extinguida por prescripción la responsabilidad penal derivada de los delitos enjuiciados.

Además, no puede desconocerse que el delito del artículo 319 del Código Penal tiene la consideración de permanente, por lo que la infracción que supone del bien jurídico protegido permanece durante todo el desarrollo del comportamiento llevado a cabo por el sujeto activo, de modo que según lo establecido en el artículo 132 del Código Penal, el cómputo del plazo de prescripción debería hacerse desde el momento de eliminación de la situación ilícita (reposición de la parcela al estado anterior al de las construcciones ilegales), lo que aquí todavía no se habría producido."

Hay que recordar que, en efecto, el delito del art. 319 CP tiene la condición de "permanente", lo que hace ineficaz el alegato llevado a cabo. Y, además, consta probado, pese al alegato del recurrente, que "habiéndose acreditado que la conducta delictiva se desarrolló entre el 11 de febrero de 2011 y el 3 de octubre de 2014 (y no en el año 2009, como se dice), y que el procedimiento se inició el 9 de enero de 2015" no cabe la prescripción en un delito que la fijaba en cinco años.

Consta en los hechos probados que: "Con posterioridad al día 11 de febrero de 2011 y con anterioridad al día 3 de octubre de 2014, en una finca situada en la parcela catastral NUM000 del término municipal de Villaviciosa de Odón (Madrid), de la que eran propietarios Bárbara , Emilio , Emilio y Carla , se llevaron a cabo las siguientes intervenciones:..."

No puede sostenerse, en consecuencia, el alegato de prescripción por la vía del art. 849.2 LECRIM; pero en cualquier caso, el tribunal dio debida y acertada respuesta al planteamiento de este alegato en la sentencia, frente a un alegato de obras anterior, olvidando, de todos modos, el carácter permanente del delito hasta su conclusión a estos efectos.

Se hace constar, además, en la sentencia que:

"La fecha de las construcciones se desprende de lo declarado por los agentes forestales no NUM003 y NUM005 en cuanto a las diferencias de lo que en sus inspecciones apreciaron que estaba construido en los años 2009 y 2011 (en las que, según dijeron, los elementos eran esencialmente móviles) y las nuevas edificaciones, que sólo pudieron ser acometidas y ejecutadas entre 2011 y 2014, a la vista de lo que observaron



en -la inspección de 2014, así como de los planos y documentos fotográficos incorporados a la causa en los que se comparan las construcciones apreciadas en 2011 y 2014 (folios 366 y 367 y 98) y de lo informado por los peritos en el acto del juicio".

Con ello, la disidencia valorativa del recurrente no puede prosperar en cuanto a la explicitada valoración probatoria por el tribunal en fechas distintas a las que refiere el recurrente, su basamento probatorio que contradice los extremos aportados por la recurrente, y, además, por el carácter permanente del delito objeto de condena.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 de la LECrim y artículo 21.3 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que determina que se encuentra en situación de suelo urbanizado el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumple alguna de las tres condiciones previstas, y en este caso se cumple en el terreno objeto de este juicio, se ha obviado por la sentencia al determinar elemento del tipo del artículo 319 y 338 del CP.

Igual que antes se ha reflejado se plantea el motivo por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM, lo que exige, como se ha señalado ya, que se respeten los hechos probados. Y, además olvida que lo impugnado en esta vía es el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena.

Se insiste en que los hechos probados relacionan las construcciones llevadas a cabo y añadiendo que:

"Dichas obras se desarrollaron en la "Zona de Mantenimiento de la Actividad" del "Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno", coincidente con el Lugar de Interés Comunitario, código ES-3110005 "Cuenca del Río Guadarrama", perteneciente a la Red Ecológica Europea Natura 2000, por lo que tenía la condición de Espacio Natural Protegido. La parcela tenía la calificación urbanística de "Suelo No Urbanizable de Especial Protección-Parque del Guadarrama", donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes, salvo las vinculadas a actividades agrícolas, ganaderas, forestales y análogas, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y respetando los valores ambientales de la zona del espacio natural protegido en que se ubicaba.

No se solicitó ningún tipo de autorización para realizar las ilícitas actividades arriba descritas, las cuales no eran autorizables ni legalizables."

No es posible construir el motivo ex art. 849.1 LECRIM bajo la tesis de una interpretación distinta en un plano administrativo, cuando el proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal es correcto y adecuado.

Lo que postula el recurrente es más bien una cuestión de prueba respecto de lo que en realidad es el terreno donde se verifica la construcción ilegal, aunque sosteniendo la primacía en estos casos del derecho administrativo en una especie de predeterminación.

En el presente caso no se trata de una primacía, o no, sino de que el tribunal, a la vista de la prueba practicada respecto de la condición, características y naturaleza de los terrenos fija los hechos probados, la condición de los terrenos y lo que en ellos se construye para anudar a ello un proceso de subsunción en el tipo penal objeto de condena.

Lo que, en realidad, pretende el recurrente es un cambio en la calificación de los terrenos mediante un alegato de una prioridad del derecho administrativo que en este caso no procede, porque no se trata de prioridades o primacía de una materia sobre otra, o de prejudicialidad, sino de valoración de prueba sobre las características del suelo y sus condiciones. Y el recurrente disiente de esta conclusión que se fija en los hechos probados que determina el adecuado proceso de subsunción, por lo que es inadmisibles que por la vía del art. 849.1 LECRIM se pretenda el proceso de alteración por atacar la redacción de los hechos probados que fijan la naturaleza de los terrenos donde se llevaron a cabo las construcciones.

El Tribunal ha tenido en cuenta la normativa administrativa aplicable al caso. No olvidemos que se recoge en el FD nº 2 de la sentencia que:

"Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de los delitos objeto de la acusación del Ministerio Fiscal, esto es, un delito contra la ordenación del territorio, previsto y penado en el artículo 319.1 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, vigente en la época de los hechos, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal, en relación con los artículos 7.1 y 9 de la Ley 20/1999, de 3 de mayo, del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno, modificada por la Ley



4/2001, de 28 de junio, los artículos 2.5, 2.7 y 4.7 del Decreto 26/1999, de 11 de febrero, por el que se aprueba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales para el Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su entorno, ampliado por el Decreto 124/2002, de 5 de julio, y los artículos 9, 27 y siguientes, 41 y 76. Ig) de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, los artículos 10.1 y 12 de la Ley 4/89, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestre y los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir y garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres, en concurso legal del artículo 8.4 del Código Penal con un delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2 del Código Penal, con la agravación del artículo 338 del mismo texto legal."

Circunstancia distinta es que la recurrente difiera de ello, pero ello no es infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM.

El tribunal, en base a la prueba practicada ha concluido la fijación de la normativa administrativa que afecta a la situación creada por los recurrentes al realizar las actuaciones e intervenciones urbanísticas que se describen en el relato de hecho probados, que han producido alteración paisajística con contaminación de aguas y afectación a la fauna salvaje en el entorno del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama.

Con ello, se ha constatado que:

- 1.- El período en el que se ejecutaron las obras (en modo alguno anterior a 2011)
- 2.- El carácter permanente y residencial de las construcciones
- 3.- La clasificación del suelo como no urbanizable, su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno (zona de mantenimiento del parque)
- 4.- Los perjuicios causados en el medio ambiente y
- 5.- La imposibilidad de legalización de lo construido por la normativa vigente, con independencia de que pueda haber proyectos para su modificación.

Hemos recordado en la sentencia del Tribunal Supremo 529/2012 de 21 Jun. 2012, Rec. 2261/2011 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. De ahí que la STS 363/2006 de 28.3 precise que el epígrafe del capítulo, en el que se contiene el delito que analizamos, identifica el bien jurídico protegido por el mismo: 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, ha llevado al legislador a la creación de estos tipos penales que se contraen básicamente al castigo de las edificaciones sin licencia en el art. 319 y a la prevaricación administrativa, en el art. 320, sino que así como en el delito ecológico (art. 325) no se tutela la normativa ambiental, sino el medio ambiente, en el delito "urbanístico" no se tutela la normativa urbanística - un 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. 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 ."

Ha habido prueba sobre las condiciones del terreno donde se construyó por los recurrentes, y no hay un apartamiento del tribunal a la normativa administrativa aplicable, sino más bien una disidencia o distinta valoración del recurrente respecto de la prueba tenida en cuenta por el tribunal para la condena.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- 7.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 de la LECrim y 28.4 de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre), que determina su condición de urbanas y legalizables a construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, su derecho a la legalización e incluso el derecho a inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad.



De nuevo se articula el motivo como "un submotivo del anterior" lo que no puede admitirse por ser improcedente en técnica casacional vulnerando la independencia y autonomía de los motivos sobre los que se articula un recurso de casación.

Reitera el recurrente las alegaciones contenidas en la exposición del presente motivo y son de la misma entidad que las del anterior, pretendiendo reducir la cuestión a una infracción de normas administrativas que los recurrentes en este y en posteriores motivos, plantean cuáles son las normas que específicamente se han aplicado en virtud de la ubicación del terreno.

Pero, sobre todo, debemos insistir en que sustentándose el motivo ex art. 849.1 LECRIM es inadmisibile por no respetar los hechos probados que son incompatibles con el alegato que plantea.

El motivo se desestima.

NOVENO.- 8.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim por infracción del artículo 7 y 4 LECrim y artículo 8.16 del Plan General de Ordenación Urbana de la Localidad Villaviciosa de Odón, "INSTALACIONES EXISTENTES EN SUELO NO URBANIZABLE ART. 8.16.1. CONDICIONES DEL ÁMBITO "CAMINO DE LA ZARZUELA".

De la misma manera, se vuelve a plantear el motivo como submotivo, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto, así como lo relativo al uso indebido de la vía del art. 849.1 LECRIM que no respeta los hechos probados y vulnera el correcto proceso de subsunción en el delito contra la ordenación del territorio objeto de condena.

Alegan los recurrentes que la sentencia no ha considerado la situación del terreno conforme a lo dispuesto en el PGOU, su situación particular, porque desde el punto de vista legal y administrativo no todo el ámbito geográfico del Parque Regional tiene necesariamente condición y consideración de zona verde de especial protección, y particularmente no la tendría el ámbito donde se ubican los terrenos en cuestión, como en la prueba se puso de manifiesto.

Sin embargo, reiteramos que se articula el motivo por la vía del art. 849.1 LECRIM y lo que supone es una disidencia valorativa lo expuesto, por lo que si se sustenta por infracción de ley el cauce utilizado no puede prosperar en tanto en cuanto lo que en esencia se postula es que hubieran sido otros los contenidos en el relato de hechos probados respecto a la calificación del terreno.

Recordamos que se recogió que las obras realizadas por los recurrentes se desarrollaron en un terreno donde estaba legalmente prohibida la construcción de nuevas edificaciones y la modificación de las existentes. No cabe alterar por esta vía los hechos probados.

El motivo se desestima.

DÉCIMO.- 9.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva.

Reiteramos lo antes expuesto respecto al planteamiento de un submotivo y la utilización del cauce del art. 849.1 LECRIM alterando la intangibilidad de los hechos probados.

Se reiteran extremos de similar contenido a los anteriores que conllevan disidencia valorativa y no ataque al proceso de subsunción. Se incide en la valoración del PGOU, lo que no es admisible ex art. 849.1 LECRIM.

El motivo se desestima.

DÉCIMO PRIMERO.- 10.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación. Parcialmente derogada por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, así como el régimen transitorio en materia de evaluación ambiental contemplado en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 4/2014, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, en cuanto al procedimiento simplificado de evaluación del impacto ambiental relativo a instalaciones de campaña, caravanas, y otros elementos de acampada permitidos por la normativa turística, fuera de zonas urbanas.

Nos remitimos a lo ya expuesto respecto del submotivo y del art. 849.1 LECRIM utilizado en esta vía no respetando los hechos probados y pretendiendo en esencia alterar la valoración probatoria por esta vía.

Se incide en el motivo en materia de prueba y ello no es admisible en el cauce del art. 849.1 LECRIM.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEGUNDO.- 11.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva, artículos 29 de la Ley del Suelo de la CCAA de Madrid (Ley 9/2001, de 17 de julio) en relación con el artículo 147, 148 y 149 de



la misma Ley y su disposición transitoria primera c), como normas sustantiva infringidas que para el Tribunal resultaban imprescindibles respetar y atener para la aplicación de la ley penal (art. 319.1 del código penal) en la sentencia.

Nos remitimos a lo ya expuesto respecto del submotivo y del art. 849.1 LECRIM utilizado en esta vía no respetando los hechos probados y pretendiendo en esencia alterar la valoración probatoria por esta vía.

Alegan los recurrentes que a tenor de dichos preceptos su actuación es legalizable y, por tanto, la calificación urbanística solicitada y en curso por lo acusados puede ser legalizable.

Insistir, ante el cauce utilizado de nievo que los hechos probados apuntan que:

"Las actividades desarrolladas afectaron de modo efectivo, negativo y significativo al Espacio Natural Protegido en el que se realizaron, afectación que se concretó en ocupación del terreno, alteración paisajística, alteración edáfica, alteración de la cubierta vegetal, potencial contaminación por aguas servidas, residuos sólidos urbanos u otros agentes contaminantes y realización de cerramientos que impiden la circulación de la fauna silvestre.

Asimismo, las construcciones llevadas a cabo por los acusados supusieron una afectación, al menos potencial, a la fauna protegida presente en la zona, que contaba con especies emblemáticas, como el águila imperial ibérica (Aquila adalberti), búho real (Bubo bubo), milano real (Milvus milvus), cigüeña blanca (Ciconia ciconia), águila calzada (Hiraaetus pennatus), águila culebrera (Circaetus gallicus), chotacabras pardo (Caprimulgus ruficollis), lechuza común (Tyto alba), alcaudón real (Lanius excubitor), icnemus, alcaraván (Burhinus oediconemus), calandra común (Melanocorypha calandra), doncella de madreSelva (Euphydryas aurinia) y mariposa arlequín (Zerynthia rumina)

Los daños ambientales han sido tasados pericialmente en 24.066,62 euros."

Se pretende alterar los hechos probados introduciendo el carácter legalizable del suelo, lo que no procede ex art. 849.1 LECRIM.

El motivo se desestima.

DÉCIMO TERCERO.- 12.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 7 de la LECrim y de las siguientes normas de naturaleza sustantiva.

Nos remitimos a lo ya expuesto respecto del submotivo y del art. 849.1 LECRIM utilizado en esta vía no respetando los hechos probados y pretendiendo en esencia alterar la valoración probatoria por esta vía.

Al referir el recurrente que "se reproducen al efecto, las consideraciones que motivan el razonamiento anterior efectuado por inaplicación por el Tribunal de estas normas sustantivas de orden extrapenal" nos remitimos a lo antes expuesto.

El motivo se desestima.

DÉCIMO CUARTO.- 13.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.1 y artículo 319.2 del Código Penal.

En este motivo el recurrente mezcla y utiliza dos motivos, el art. 849 en sus apartados 1 y 2, lo que no es inadmisibles al basarse ambos en distintos argumentos y postulados de exposición y decisión, así como de basamento impugnativo, lo que daría lugar a su inadmisión.

En cualquier caso, los recurrentes insisten en su argumentación de que "las obras efectuadas son legalizables por la Administración competente, por lo que tienen solicitada su autorización en base al derecho administrativo de aplicación que no ha sido objeto de resolución administrativa en sentido negativo. El hecho de que las obras las realizasen sin licencia o autorización en su día, no tiene carácter delictivo, si son legalizables."

Reiteramos lo ya expuesto a tal efecto, porque de la misma manera, el planteamiento es reiterativo a lo ya analizado a lo que el tribunal ya ha dado debida respuesta.

Hay que recordar que estamos ante intervenciones urbanísticas que se describen en el relato de hechos probados, que han producido alteración paisajística con contaminación de aguas y afectación a la fauna salvaje en el entorno del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama.

El recurrente vuelve a utilizar la vía del "error iuris", y, ahora, además, mezclado con la vía del art. 849.2 LECRIM no respetando los hechos probados, y no aportando cita de los documentos literosuficientes a que se refiere este motivo.

Se insiste en el carácter autorizables cuando los hechos probados dicen lo contrario, por lo que no respeta los hechos probados.



El motivo se desestima.

DÉCIMO QUINTO.- 14.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.1 y artículo 319.2 del Código Penal.

Vuelve a incidirse en el doble planteamiento de un motivo con mezcla de dos diferentes ex art. 849 en los apartados 1 y 2 LECRIM que no pueden plantearse al abrigo del mismo motivo por sus sustanciales diferencias de contenido, enfoque y planteamiento. Y, además, lo plantea como "submotivo del anterior", lo que se ha expuesto que no es admisible.

Los recurrentes alegan que las obras realizadas no han transformado el suelo, se trata de instalaciones prefabricadas, móviles, que en cualquier momento pueden ser levantadas, dejando el suelo en su estado original.

Pero la clave del motivo se centra en la consideración de qué tipo de construcciones son las que están incluidas en el tipo penal objeto de condena.

Hay que incidir, como acertadamente fija el Fiscal de Sala, que la construcción de viviendas y obras de urbanización que se relatan en el *factum*, a tenor de la doctrina de esa Excm. Sala, han de calificarse como obras de urbanización, construcción o edificación no autorizadas a las que se refiere el artículo 319 del Código Penal que se produce por obra del hombre y con empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, que supone una sustancial modificación con vocación de permanencia de la zona geográfica afectada.

Hay que recordar que los apartados 1 y 2 del art. 319 CP señalan respecto a las construcciones que entran en el tipo penal que:

1.- Apartado 1º: "Obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2.- Apartado 2º: "Obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable."

Pues bien, respecto a qué se entiende por estos conceptos debemos recordar, como apunta la mejor doctrina, que se entenderá "obras de urbanización" aquellas tendentes a implantar infraestructuras y servicios urbanísticos, incluida la apertura de carriles en suelo no urbanizable. Desde dicho punto de vista no debería entenderse como obras de urbanización los meros movimientos de tierra que no tengan como objetivo la implantación de infraestructuras o servicios urbanísticos. También se apunta que la expresión "urbanización" consiste propiamente en la ejecución del planeamiento, que puede articularse mediante cualquiera de los sistemas de actuación normativamente previstos, que variarán en función de las normativas autonómicas que las distintas Comunidades hayan aprobado en cumplimiento de la competencia que tienen exclusivamente atribuida en materia de ordenación del territorio.

Respecto a la "edificación" que es el segundo elemento constructivo objeto de este delito es necesario hacer referencia al artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/1999, de 5 de noviembre, relativo al ámbito de aplicación de la LOE, con la reforma del apartado 2 por la disposición final 3.1 de la Ley 8/2013, de 26 de junio que establece lo siguiente:

"1. Esta Ley es de aplicación al proceso de la edificación, entendiéndose por tal la acción y el resultado de *construir un edificio de carácter permanente*, público o privado, cuyo uso principal esté comprendido en los siguientes grupos:

- a) Administrativo, sanitario, religioso, residencial en todas sus formas, docente y cultural.
- b) Aeronáutico; agropecuario; de la energía; de la hidráulica; minero; de telecomunicaciones (referido a la ingeniería de las telecomunicaciones); del transporte terrestre, marítimo, fluvial y aéreo; forestal; industrial; naval; de la ingeniería de saneamiento e higiene, y accesorio a las obras de ingeniería y su explotación.
- c) Todas las demás edificaciones cuyos usos no estén expresamente relacionados en los grupos anteriores.

2. Tendrán la *consideración de edificación* a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.



b) Todas las intervenciones sobre los edificios existentes, siempre y cuando alteren su configuración arquitectónica, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.

c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección.

3. Se consideran comprendidas en la edificación sus instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio."

Respecto al concepto de edificación éste incluye todo cuerpo cierto con dimensión espacial apta al uso humano, de carácter permanente y fijo, y con destino a servir directamente las necesidades de vivienda o residencia del ser humano pero también otras análogas, como el esparcimiento, entretenimiento, habitáculo temporal, ocio, sanitario, actividades económicas o de fábrica.

Finalmente, respecto a la "construcción", según el DRAE consiste en la acción de construir, y por tanto fabricar o edificar. El anterior artículo de la LOE nos aporta su definición, pudiendo entenderse por tales las obras que no puedan considerarse edificación por su escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.

En cualquier caso, el término construcción debe entenderse que es más amplio que el de edificación, quedando éste último reservado para aquellas obras destinadas al albergue de personas u otros usos análogos más propios del suelo urbano como puede ser una vivienda, una nave. Y respecto a este término construcción y su amplitud conceptual deben incluirse, entre otros muchos términos y modalidades constructivas, las zanjas, muros, vallados, embalses, en definitiva, toda construcción que no tenga por destino principal, como cuerpo cierto espacial sólido y permanente, la habitación del ser humano u otros usos análogos, pero que tenga una relevancia por su dimensión sin que deba tener por objetivo la vivienda, sino que suponga un aprovechamiento por el ser humano de lo construido, entre lo que queda incluido, por supuesto, si, además, está destinado a vivir el ser humano.

Respecto a qué debe entenderse como construcción, el Tribunal Supremo en Sentencia 1182/2006 de 29 de noviembre analizó si la actividad mediante la cual aparece una red de caminos donde antes no existían, integraba o no el término "construcción", llegando a la conclusión que al producirse por la obra del hombre y con el empleo de los medios mecánicos y técnicos apropiados, y tener vocación de permanencia éstos podían englobarse dentro del término construcción. También esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 335/2009 condena al acusado por un delito del 319.1 del Código penal por construir dos piscinas en una zona verde al entender que la realización de las piscinas se incluye dentro del concepto de construcción.

Hay que ampliar, también, como incide la mejor doctrina, que el verbo "edificar" hace referencia a la realización de labores de construcción dirigidas a elevar una obra dedicada a habitación o usos análogos, mientras que el término "construir" no admite finalidades y permite englobar en la conducta típica todas las labores de obra, sea cual sea la finalidad. Por todo ello, cabe concluir que una edificación es una construcción cuya finalidad es la de habitación o función similar. En este sentido resulta que la construcción es el género y la edificación sería la especie. El concepto de construcción es, por tanto, más amplio.

Por "construcción" debe entenderse, pues, todo acto que implique una transformación material de los terrenos o espacios sobre los que se realiza, como edificios, puentes, presas... todo acto que signifique una transformación material de los terrenos o del espacio. Se entenderá por tal construcción siempre que se trate de obras en las que se añadan elementos físicos permanentes, o la ejecución de toda obra artificial que modifique la naturaleza de un terreno, añadiendo elementos físicos permanentes, aunque, en definitiva, se refiere con tal término a toda clase de obras constructivas que introduzcan una modificación de relevancia y permanencia en el suelo o terreno donde se llevan a cabo.

Quedan fuera de este concepto de construcción los supuestos de labores menores, arreglos o reparaciones leves, o movimientos de tierra sin una finalidad constructiva. No puede decirse que en estos casos se esté en presencia de una construcción.

Pues bien, en los hechos probados se recogen como construcciones llevadas a cabo por los recurrentes las siguientes:

"Una construcción fija, consistente en una vivienda realizada con materiales prefabricados sobre base realizada con materiales de obra, de medidas 14,75 x 8, 10 metros, que cuenta con una terraza de obra anexa en la parte delantera con balaustrada y patio con solera de hormigón y cerramiento perimetral de medidas 20 x 17,90 metros,



que cuenta también con caseta para usos de la vivienda en el patio e instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión.

Una solera de hormigón de 16,60 x 12,20 metros, con caravanas alrededor.

Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil con cimientos, de medidas 10,90 x 4,10 metros, con terraza de obra de medidas 7,20 x 1,90 metros, parcialmente fijada al suelo mediante cerramiento de obra en la parte delantera y un lateral y cargada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión.

Una construcción fija, consistente en una vivienda, de medidas 12,90 x 6,30 metros, una de cuyas partes consiste en una construcción móvil fijada al terreno, de dimensiones 8,05 x 6,30 metros, que se encuentra adosada a otra parte realizada con materiales de obra, de dimensiones 4,85 x 6,30 metros, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión.

Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil sin cimientos, de dimensiones 8,05 x 6,30 metros, con terraza de obra y cerramiento de obra en la parte delantera, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua y salida de aguas fecales.

Una solera de hormigón impreso, de 23,30 x 20,50 metros, que sirve de patio o zona común a las construcciones anteriores.

Una construcción fija, consistente en una vivienda móvil sin cimientos, de dimensiones 12,10 x 4,30 metros, asentada en el terreno mediante borriquetas y con terraza y balaustrada de obra en la parte delantera, de medidas 12,10 x 4,10 metros y solera de hormigón, de dimensiones 12,10 x 3,10 metros, en la parte anterior a la terraza, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado y antena de televisión.

Igualmente instalaron: una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 10,90 x 4,10 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado, gas y antena de televisión; una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 9,70 x 3,70 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, aire acondicionado, gas y antena de televisión, con una caseta anexa con lavadora y secadora; una vivienda móvil sin cimientos, de medidas 7,60 x 2,90 metros, colocada sobre borriquetas, que cuenta con instalación eléctrica, suministro de agua, salida de aguas fecales, y antena de televisión; una construcción prefabricada sin cimientos ni anclaje al terreno, de medidas 4,70 x 2,10 metros, probablemente utilizada como taller o garaje; y pequeñas casetas de chapa o madera directamente asentadas sobre el suelo.

Asimismo, se efectuó la actividad consistente en el almacenaje de vehículos, camiones, maquinaria, con un taller para el servicio de éstos, chatarra, contenedores, plásticos y basura."

Con ello, las construcciones declaradas probadas participan de las características fijadas en cuanto al concepto "construcción" para integrar el tipo penal objeto de condena.

Recordemos que se recoge en el FD nº 2 de la sentencia que:

Se llevaron a cabo numerosas construcciones (descritas en el apartado de "HECHOS PROBADOS"), que, dadas las condiciones y circunstancias de la parcela, eran incompatibles con la normativa reguladora del parque, ocasionaron perjuicios en el espacio natural protegido y no eran autorizables ni aun cuando se hubiera solicitado licencia y la edificación, por sus características, tiene vocación de permanencia, (viviendas, bases sobre materiales de obra, soleras de hormigón, anclajes al suelo, patios, conexiones a redes de suministros, fosas sépticas, etc., que permiten deducir su uso residencial). Y ello participa del concepto técnico jurídico de construcción en los términos que hemos analizado.

Se indica, además en la sentencia en el FD nº 3 el carácter permanente y residencial de las construcciones, la clasificación del suelo como no urbanizable, su ubicación dentro del Parque Regional del Curso Medio del Río Guadarrama y su Entorno (zona de mantenimiento del parque), los perjuicios causados en el medio ambiente y la imposibilidad de legalización de lo construido por la normativa vigente. Este carácter permanente y residencial que se predica de lo construido participa del concepto técnico jurídico recogido en el tipo penal objeto de condena.

Por último, y dado que se alega en el motivo, sobre el principio de intervención mínima del derecho penal decir que sobre el mismo se ha pronunciado recientemente esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia 185/2023 de 15 de marzo en la que es la primera vez que se analiza con sumo detalle, claridad y concreción este tema, señalando que:



"El principio de intervención mínima es un principio informador de la dogmática penal, aunque no alcanza a tener un carácter esencial en el derecho penal, en la medida en que no tiene respaldo constitucional alguno.

Se trata de un lugar común, de una idea, por la que se trata de indagar y buscar limitaciones a la aplicación de los tipos penales sobre la base de escasa lesividad que justifique la intervención del derecho penal.

Desde posiciones dogmáticas que han propiciado este principio pretenden actualizar y revitalizar la teoría del bien jurídico buscando limitaciones a la intervención coactiva del Estado sobre el ciudadano intentando que en lo atinente la tipicidad de los delitos, el Estado actúe de forma mesurada y limitando la intervención coactiva del Estado a aquellas situaciones lesivas en las que sea indispensable la llamada al derecho penal.

De esta manera, las lesiones a los bienes jurídicos tendrían una primera respuesta con la aplicación de otros instrumentos de control social, u otras ramas del ordenamiento jurídico, reservando la utilización del derecho penal, únicamente, a los supuestos más graves, graduando la respuesta sancionadora en virtud de una mínima intervención respecto de la justificación de la tipicidad penal. Pero esto no lo eleva a la categoría de principio de aplicación del derecho penal. Se trata de un criterio de política criminal dirigido al legislador para que a la hora de redactar los tipos penales tenga en cuenta que la gravedad de la lesión puede ser graduada y reservar la actuación del sistema penal para aquellas lesiones más graves al bien jurídico, pero ello no supone que pueda ser convertido en un principio de la aplicación del derecho penal.

El aplicador del derecho penal debe sujetarse al principio de legalidad y a las garantías derivadas de los principios de Lex certa, expresa, previa y scripta.

En definitiva, la aplicación de un criterio de atipicidad en aplicación del principio por el que pretende afirmarse que el legislador no puede castigar como delito conductas que no supongan la afectación de algún bien jurídico confunde este principio con el de lesividad, conforme al cual, el derecho penal debe proteger bienes jurídicos, pero no todos ni frente a cualquier ataque, pues el derecho penal es subsidiario y fragmentario, de manera que solo debe proteger los más esenciales y frente a los ataques más intolerables. El principio de intervención mínima constituye un programa de política criminal y no un criterio de aplicación de la norma penal, y como tal va dirigido a la fuente generadora de los tipos penales, es decir al legislador, para que a la hora de la tipicidad de conductas observe el valor del bien jurídico y la intensidad del ataque para proporcionar la respuesta contenida en los códigos penales.

La jurisprudencia de esta Sala se ha expresado en estos términos. Así la Sentencia 1068/2004, de 29 de septiembre, señalaba que el principio de intervención mínima explica que el de control penal solo puede actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso-administrativo.

El derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias al bien jurídico, sino tan solo las modalidades de agresión más peligrosas.

Es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias al bien jurídico, sino tan solo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, recordando que es un principio dirigido al legislador y no al aplicador del derecho que debe sujetarse al principio de legalidad su contenido es explicativo de la política criminal y da la explicación de los tipos penales.

En la Sentencia 443/2013, de 22 de mayo se afirma que no caben hacer referencias al principio de intervención mínima como criterio de negación de la responsabilidad penal porque "no es un principio de interpretación del derecho penal sino de política criminal que se dirige fundamentalmente al legislador que es a quien incumbe mediante la fijación de los tipos penales cuáles son los límites de la intervención del derecho, hoy tampoco el de proporcionalidad pues siempre se le ha proporcionado a acordar la demolición etc...".

Vemos, pues, que en la sentencia de esta Sala se destacan con detalle los aspectos del citado principio, y, sobre todo, que "se trata de un criterio de política criminal dirigido al legislador para que a la hora de redactar los tipos penales".

En el mismo sentido la Sentencia 816/2014, de 24 de noviembre, que reitera lo anterior afirmando que el principio de intervención mínima se dirige fundamentalmente al legislador que es a quien incumbe la fijación en los tipos penales y en las penas los límites de intervención del derecho penal.

De esta manera, se trata de un principio, como decimos, dirigido al legislador, porque si la conducta cometida encuentra acomodo con claridad en un tipo penal y se dan los elementos del tipo, mal podríamos apelar a que se hurte la intervención de la vía penal cuando es este el que debe intervenir por "merecer" la conducta la gravedad o levedad de la sanción penal, no la de una sanción administrativa o la condena civil del incumplidor. No es la gravedad o levedad de la conducta, o la gravedad o levedad de la sanción penal el parámetro a



tener en cuenta, sino que es un principio que se dirige, por un lado, al legislador para que pueda despenalizar conductas por no ser la vía penal la apropiada para anudar sanciones a determinadas conductas que tienen mejor acomodo en otros órdenes jurisdiccionales. Y, por otro lado, dirigido, eso sí, al juez o tribunal para aplicarlo si existen dudas de la concurrencia de los elementos del tipo penal y cuya valoración sea siempre interpretada en beneficio del reo.

Con ello, nos encontramos con diversas manifestaciones de este principio, ya que:

- 1.- Se aplica como un planteamiento de política criminal dirigido al legislador para que no tipifique conductas que no deben tener en el derecho penal el reproche sancionador, y, al mismo tiempo, que despenalice las conductas que se siguen reflejando en el Código Penal y que podrían ser sancionadas en la vía administrativa.
- 2.- También resulta de aplicación cuando, analizadas las circunstancias del caso, la interpretación debe huir de la respuesta penal sancionadora por no existir concurrencia clara de los elementos para la tipicidad y reconducirse al orden civil o contencioso-administrativo, y, así, en caso de dudas se decanta por no estimar que los hechos deben ser objeto de sanción en el orden penal.

Cuando se analiza este principio no se trata de que esté ausente la tipicidad de un hecho, sino que el hecho analizado cometido puede estar en la frontera entre la infracción penal y otro tipo de infracciones, generalmente, en el orden civil o contencioso-administrativo. Así, se plantea en ocasiones por las defensas que el hecho sometido a investigación no tiene la relevancia como para merecer el castigo penal y se solicita que se derive la posibilidad del reclamante a otro orden jurisdiccional, lo que se da con frecuencia en materia civil y contenciosa-administrativa.

La tipicidad podría darse, aparentemente, pero no se trata de que la respuesta a la posible infracción detectada no encuentra en la sanción penal su más ajustada solución como respuesta del Estado de derecho y que se prefiera para el caso concreto otras vías menos graves que la penal. Si así fuera quedaría en el ámbito interpretativo del juez o tribunal decidir que un hecho que es típico y punible no lo fuera. La cuestión sí que es de interpretación acerca de la aplicación del orden penal, pero en los casos en los que la ilicitud pueda situarse en una especie de frontera entre lo que es ilicitud penal, y, por ejemplo, civil y contencioso-administrativa, lo que supone esa equiparación de este principio con el de in dubio pro reo, para aplicar lo que a este beneficie en lo que le sea favorable.

Por ello, si existe clara tipicidad penal, como en este caso concreto ocurre, no se trata de que se "opte" por otros órdenes jurisdiccionales porque la ilicitud sea menos gravosa, sino que en caso de dudas se opte por otras vías que también son sancionadoras al margen de la penal. Pero si hay clara tipicidad penal por concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal es inaplicable el principio de intervención mínima del derecho penal, porque no se trata, como decimos, de que el juez o tribunal tenga la capacidad de opción si hay tipicidad, sino que en caso de duda se opte por la vía no penal para remitirlo a otras sancionadoras distintas de la pena como respuesta.

Pues bien, la aplicación del principio de intervención mínima del derecho penal no se trata del ejercicio de un derecho de obligada admisión cuando lo plantee la defensa al formular su oposición ante una acusación, o se formule un recurso contra una sentencia condenatoria.

Puede ser un derecho de opción alternativo a la absolución, pero su aplicación no debe hacerse depender de si la menor lesividad de un acto que es típico aparentemente podría encontrar un mayor y mejor acomodo en otra jurisdicción en la que la respuesta sancionadora es más "proporcional" que la respuesta de la pena a esa infracción, porque si el hecho es típico claramente y concurren los elementos del tipo penal no cabe apelar al principio de intervención mínima del derecho penal. Puede decirse, así, en estos casos que el hecho podría ser típico, "pero menos" por la no concurrencia de los elementos del tipo penal, y que ello puede expulsar el caso de la vía penal cuando la interpretación del juez o tribunal para hacerlo se lleve a efecto en beneficio del reo.

Pero si el hecho tiene la suficiente relevancia, como en este caso ocurre, y concurren los elementos del tipo penal para suponer que es un ataque suficiente al bien jurídico protegido por el mismo, aunque sea como delito leve, no se aplica el principio de intervención mínima del derecho penal. No se trata, pues, de que exista un derecho a "exigir" que se aplique este principio, sino una opción a plantearlo en base no a la levedad del hecho, sino a las dudas sobre la concurrencia sobre los elementos del tipo penal. Y ello, porque si el margen de actuación operara sobre el concepto de "menor lesividad" del hecho sin más, para ello están las conductas que el derecho penal califica como delito leve, porque en caso contrario supondría que este principio se aplicaría siempre y en todo caso a los delitos leves y no es así.

En el presente caso no hay duda alguna. Se trata de unos hechos probados que han encontrado perfecta cobertura y proceso de subsunción en el delito contra la ordenación del territorio objeto de condena con ubicación punitiva en la relación del art. 319.2 y 338 CP en el antes citado concurso de normas. No hay un



proceso de "suplantación" del derecho penal respecto al derecho administrativo en su rama del urbanismo, sino una intervención del derecho penal ante hechos que son típicos, antijurídicos, culpables y punibles, además de la preferencia del derecho penal en estos casos cuando existe cobertura típica, sin que, por ello, se hable de una "criminalización del derecho administrativo sancionador", o una especie de invasión de competencias del derecho penal, ya que si el legislador ha previsto la tipicidad de un hecho como delito no existe esa pretendida invasión competencial en el derecho administrativo, ya que esta vía sancionadora será residual, en su caso, cuando el derecho penal haya fijado que la conducta descrita no es típica, lo que, como hemos visto, no concurre en el presente caso.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SEXTO.- 15.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del artículo 338 del CP, por cuanto el tipo penal determina una afectación al medio natural protegido que no se determina en los hechos probados con las actuaciones que se declaran constitutivas del hecho delictivo.

Alegan los recurrentes que el Tribunal infringe el precepto (art. 338 CP) al tomar como única circunstancia la "especial protección del suelo" porque no puede servir a la vez para integrar el tipo del delito contra la ordenación la ordenación del territorio del artículo 319.1 CP y la agravación específica que para los espacios protegidos establece el artículo 338 CP.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado esta Sala del Tribunal Supremo, en SSTS 216/2020, de 22 de mayo y 124/2021, de 11 de febrero señalando esta última que:

"La reciente STS 216/2020, de 22 de mayo, abriendo paso a una solución intermedia. Parte de la constatación de que en los casos en que la condición de suelo no urbanizable (art. 319.1) se base en "sus valores ecológicos" no cabrá la aplicación simultánea de 319.1 y 338 CP ; pero en el conflicto de normas entre una calificación encajada en el art. 319.1; y otra determinada por la aplicación conjunta de 319.2 y 338, el principio de alternatividad (art. 8.4) nos llevará a la segunda opción.

Un suelo puede estar protegido por razón de tal valor ecológico, sin que por ello tenga la consideración de espacio natural protegido, razona este precedente. No se solapan ineludiblemente ambas condiciones, aunque por definición todo "espacio natural protegido" entrará en el marco del art. 319.1º. Es posible una protección ambiental del suelo -que determina básicamente su carácter no urbanizable- sin estar ante un espacio natural protegido. Más insólito, si es que cabe, será lo contrario. Está previsto en la legislación que el planeamiento urbanístico pueda proteger, declarándolos no urbanizables, determinados suelos en razón de sus valores ambientales, aunque lo más frecuente es que el planeamiento se remita o recoja la legislación ambiental a la hora de proteger espacios por esas razones, limitándose a declarar suelo no urbanizable de especial protección las diversas modalidades de espacio natural protegido incluidas en su término municipal.

Se pueden diferenciar -y seguimos haciéndonos eco de la STS 216/2020 - tres tipos de espacios en función de la naturaleza del suelo a efectos de su protección penal:

- a) Suelo no urbanizable (art. 319.2 CP).
- b) Suelo no urbanizable especialmente protegido por los valores expuestos en el precepto (art. 319.1).
- c) Suelo integrado en un Espacio Natural Protegido (art. 338).

El grupo c) obliga a esclarecer si la protección reforzada del art. 319.1 y la híperprotección del art. 338 son compatibles. Es decir, si constituyen dos escalones sucesivos de una misma y única escalinata -puntos sucesivos de un mismo tramo-; o, por el contrario, se trata de una diversificación de la protección -un tramo inicial del que surgen dos escaleras o sendas diferentes: hay que decantarse por una u otra, según los caso-. Es decir, el tipo básico (art. 319.2) podría verse agravado por la afectación de factores medioambientales de dos formas: bien cuando, recae sobre un espacio natural protegido (art. 338), bien cuando sin recaer en un espacio natural protegido, se refiere a una zona en la que la calificación urbanística le reconoce un especial valor ecológico (art. 319.1º).

La doble agravación acumulada se antoja desproporcionada. Así lo destacan dogmática y praxis. La comparación con el art. 330 CP lo evidencia. Los resultados excesivos han empujado subliminalmente (así sucede aquí) a llevar más allá de su literalidad las exigencias del art. 338 CP .

Proyectar el art. 338 sobre el 319.1 significaría ponderar dos veces una misma circunstancia: el especial valor ecológico. Primero, por haber sido reconocido en el ámbito del planeamiento urbanístico; posteriormente por su proclamación a nivel general, Esa diversificación se presenta como artificiosa si se atiende a que en el primer nivel lo habitual es guiarse por el segundo nivel. Este debe determinar una protección más intensa, pero no reduplicada.



Estaríamos ante un juego de preceptos semejante al expresamente plasmado en los arts. 368 , 369 y 370 CP en sede de delitos contra la salud pública: las agravaciones del art. 370 operan sobre el tipo básico (art. 368) y no sobre los subtipos agravados (art. 369). No son dos peldaños sucesivos, sino dos agravaciones distintas y de intensidad diferenciada referidas ambas a un mismo tipo básico.

Aquí tanto el art. 338 como el art. 319.1 se referirían, alternativamente (uno u otro, pero no los dos), al tipo básico: art. 319.2.

... Llevar los hechos, empero, tanto al art. 319.1, como al art. 338 no solo parece quebrar la prohibición del bis in ídem sino que además conduce a resultados penológicos francamente desproporcionados, que se han pretendido corregir estrechando el ámbito del art. 338 en contradicción con su tenor literal.

Ubicarlos en exclusiva en el art. 319.1 significa equiparar supuestos diversos y desactivar el art. 338 en contra de lo que se parece ser voluntad del legislador que quiere dotar de especial tutela a esos espacios.

Negar la virtualidad del art. 338 CP en casos como el ahora contemplado no solo contradice algún pronunciamiento anterior ya citado de esta Sala, sino que además, despojaría de eficacia en este ámbito al art. 338 CP , desactivando esa protección reforzada.

Por esas razones la STS 216/220, que nos está sirviendo de falsilla -algunos de sus párrafos se han clonado sin más-, opta por una vía intermedia: el conflicto entre el art. 319.1 o 338 ha de ser resuelto dando preferencia a este último pero contemplado como alternativa y no cumulativamente, con arreglo a la técnica del concurso de normas penales (art. 8 CP): los hechos pueden ser castigados conforme a los arts. 319.2 y 338; o según el art. 319.1. Ambas calificaciones gozan del mismo grado de especialidad (se agrava por el valor ecológico). En un caso, cuando ha sido reconocido exclusivamente a nivel de planeamiento urbanístico; en el otro, cuando ese reconocimiento es más general. Al ser inaplicable el principio de especialidad (art. 8.1 CP) habrá que acudir a los criterios subsidiarios para solventar esta concurrencia de normas, lo que nos conduce al principio de alternatividad (art. 8.4). Prevalece la calificación que pivota sobre los arts. 319.2 y 338 por ser más grave. Así evitamos el bis in ídem que llevó a la Audiencia a eludir la aplicación del art. 338; pero, al mismo tiempo, no arrinconamos ese precepto de forma impropcedente haciéndolo inoperante en el ámbito urbanístico; ni lo reinterpretemos de forma reductora.

El incremento penológico del art. 338 no ha de operar sobre el art. 319.1. en tanto éste se refiere a "la construcción no autorizada en lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor ecológico", sino sobre el art. 319.2."

Pero es que el Tribunal, con sumo acierto, ha dado respuesta y solución al problema que se plantea señalando en el FD nº 5 que:

"En la determinación de la pena imponible debe tenerse en cuenta que, como ya dijimos, nos encontrábamos ante un concurso de normas previsto en el artículo 8 del Código Penal , si bien, al tratarse de construcciones efectuadas en suelo no urbanizable integrado en un espacio natural protegido, el Tribunal Supremo ha excluido, por desproporcionada, la doble agravación que resultaría de la aplicación de la protección reforzada del artículo 319.1 del Código Penal y la hipeprotección del artículo 338, que no son compatibles, pues se ponderaría dos veces una misma circunstancia: el valor ecológico, de modo que, para evitar el "bis in ídem", ha de prevalecer la calificación que pivota sobre los artículos 319.2 y 338, a la que nos lleva el principio de alternatividad (artículo 8.4), (vid. SSTs 216/2020, de 22 de mayo , y 124/2021, de 11 de febrero).

La pena fijada en el artículo 319.2 del Código Penal es de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a cuatro años, debiendo imponerse las penas superiores en grado por aplicación del artículo 338, es decir, prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses y multa de veinticuatro a treinta y seis meses, aunque, concurriendo una atenuante, la pena ha de aplicarse en su mitad inferior.

Valoradas la trascendencia de los delitos cometidos, la intensidad del reproche que merecen y las circunstancias personales de los acusados (entre ellas, la ausencia de antecedentes penales), entendemos adecuadas y proporcionadas, de conformidad con lo preceptuado por los artículos 319.2 , 338 , 42 , 50 y 53 del Código Penal , las penas de tres años y un día de prisión, con accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de veinticuatro meses y un día, con una cuota diaria de cinco euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio en el sector de la construcción por tiempo de cuatro años y un día (penas mínimas legalmente imponibles)."

Con ello, no existe el "bis in ídem" que se predica.



Así, la subsunción que de los hechos probados realiza la sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, explicitada con detalle en el fundamento jurídico quinto, como constitutivos de un delito contra la ordenación del territorio previsto y penado en los artículos 319.2 y 338 con aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.4ª, todos del Código Penal, es conforme con la expresada doctrina jurisprudencial.

El motivo se desestima.

DÉCIMO SÉPTIMO.- 16.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849 de la LECiv, por infracción del artículo 338 CP en relación con infracción de Derecho Constitucional del artículo 25.1 CE "principio "no bis in ídem".

Señala la recurrente que "se aprecia que la misma circunstancia referente a la especial protección del suelo, no puede servir, a la vez para integrar el tipo del delito contra la ordenación del territorio del artículo 319.2, como tampoco del 1 del CP y la agravación específica que para espacios naturales protegidos establece el artículo 338 del mismo CP, sin que medie para ello una justificación diferenciada".

Nos remitimos a lo declarado en las SSTs 216/2020, de 22 de mayo, 124/2021, de 11 de febrero de esta Sala del Tribunal Supremo.

La sentencia recurrida no menoscaba el principio "non bis in ídem", toda vez que aplicando el concurso de normas el artículo 338 lo lleva al art. 319.2 del Código Penal. Sólo se infringiría este principio, que trata de impedir que se sancione doblemente una misma circunstancia, si en el tipo básico (319.2) se contemplara como uno de los elementos del tipo el espacio natural protegido. Diferente es que la protección a valores medioambientales esté presente en uno y otro tipo, elevando la sanción cuando la afectación al medio ambiente sea más relevante.

No cabe aplicar la prohibición del "bis in ídem". El artículo 338 se inserta en las Disposiciones comunes aplicables a los delitos previstos en el Título XVI del Código Penal, es decir, los relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, estableciendo una agravación específica cuando dichas conductas afecten a algún espacio natural protegido. Sin embargo, el tipo básico previsto en el art. 319.2 no incluye dicha calificación agravatoria que implica algo cualitativamente distinto, es decir, que el espacio natural esté reconocido y haya sido ya calificado administrativamente como protegido, y siendo ello así debe operar la agravante específica, pues el delito base no comporta dicha cualidad fáctica específica.

El artículo 319.2 del Código Penal parte de un planteamiento protector general, mientras que la agravación reconoce un plus de protección cuando, además de los valores referidos en aquel precepto, el espacio natural haya sido reconocido como protegido.

El motivo se desestima.

DÉCIMO OCTAVO.- 17.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción del 28 en relación con el artículo 319, apartados 1 y 2, del Código Penal con inferencia en Derecho Fundamental del artículo 24.2 de la CE en relación con el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos suscritos por España, con quiebra al principio de presunción de inocencia, referido a las personas responsables y autores de la comisión del delito y del marco del principio a la presunción de inocencia desarrollado mediante la Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de mayo de 2016.

La parte recurrente vuelve a sostener en un solo motivo dos motivos independientes, ya que sostiene la referencia a la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM y la presunción de inocencia que son incompatibles, ya que el primero exige el respeto de los hechos probados y el segundo determina el análisis de la concurrencia de prueba de cargo para enervar, por su suficiencia, la presunción de inocencia.

Señala el recurrente que "Se les atribuye la condición de autoría, por inferencia en el dominio funcional del hecho a partir de su condición de propietarios del terreno, pero no ha sido posible acreditar qué personas materializaron y realizaron esas obras".

Si enfocamos el motivo por la vía de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM debemos recordar que el tribunal, después de explicar la condición de propietarios de los recurrentes de los terrenos donde se realizan las construcciones ilegales y reiteradas en su cifra y volumen añade que:

Asimismo, las construcciones llevadas a cabo por los acusados supusieron una afectación, al menos potencial, a la fauna protegida presente en la zona, que contaba con especies emblemáticas, como el águila imperial ibérica (Aquila adalberti), búho real (Bubo bubo), milano real (Milvus milvus), cigüeña blanca (Ciconia ciconia), águila calzada (Hiraaetus pennatus), águila culebrera (Circaetus gallicus), chotacabras pardo (Caprimulgus ruficollis),



lechuga común (*Tyto alba*), alcaudón real (*Lanius excubitor*), icnemus), alcaraván (*Burhinus oedicnemus*), calandra común (*Melanocorypha calandra*), doncella de madreSelva (*Euphydryas aurinia*) y mariposa arlequín (*Zerynthia rumina*).

Los daños ambientales han sido tasados pericialmente en 24.066,62 euros."

Con ello, se recoge en los hechos probados que los recurrentes llevaron a cabo las construcciones ilegales, por lo que su intervención en concepto de autores resulta evidente.

En cuanto se refiere a la presunción de inocencia señala el Tribunal en el FD nº 3 que:

"De los anteriores delitos son criminalmente responsables en concepto de autor, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 28 del Código Penal, los acusados, Bárbara, Eliseo, Emilio, y Carla, propietarios de la parcela catastral NUM000 de Villaviciosa de Odón, por su participación material y voluntaria en los hechos que los integran, como ha quedado acreditado para este Tribunal por las pruebas practicadas directamente y las reproducidas en el juicio oral, que tienen entidad bastante para desvirtuar su derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución.

A los efectos del artículo 319 del Código Penal, el concepto de promotor no se encuentra ligado a categorías profesionales, sino que se trata de una noción material que no es vicaria de categorías civiles o administrativas. Promotor es quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción o como particular, es la persona responsable de las obras que se ejecutan sin licencia o con inobservancia de sus cláusulas, acreedora de la correspondiente sanción por infracciones urbanísticas, puede ser cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente decide, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título, sin exigencia de titulación alguna (vid. SSTS 1250/2001, de 26 de junio, 676/2014, de 15 de octubre, etc.).

En este sentido, aun cuando no ha sido posible conocer quiénes realizaron materialmente las obras de construcción denunciadas, sólo los acusados arriba citados, Bárbara, Eliseo, Emilio y Carla, como titulares de la finca (la adquirieron el 30 de noviembre de 2007), podían autorizar y tolerar su ejecución y tenían el dominio funcional de la acción, por lo que deben responder solidariamente, en concepto de promotores, junto con los profesionales (desconocidos) que hubieran podido intervenir en el proceso de construcción.

Sin embargo, no entendemos debidamente acreditada la participación en el delito del también acusado, Germán, padre de Eliseo, pues, aun cuando en alguna ocasión ha sido identificado en las actuaciones como ocupante de la parcela (vid. p. ej. folio 232 y diligencia de entrada y registro), en la aportada escritura de compraventa de la parcela no figura como adquirente, no bastando su presencia en el lugar (ha sido allí identificado en diversas ocasiones por los agentes forestales) para poder atribuirle responsabilidad en las obras, máxime cuando tampoco consta que él las hubiera encargado o ejecutado.

Pues bien, el tribunal dictó el Fallo condenatorio después de realizar una valoración de la prueba practicada, con sujeción a las reglas de la razón la lógica y las máximas de experiencia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de la cual concluyó que los recurrentes tenían el dominio funcional de la obras, sin que tal razonamiento pueda ser tachado de ilógico o arbitrario y, por ello, sin que pueda ser objeto de censura casacional.

En efecto, el dominio funcional de lo actuado correspondía a los recurrentes. Y al punto ha sido extremadamente cuidadoso el tribunal en la determinación de la autoría que absuelve a uno de los acusados por falta de prueba concluyente para ello.

En la sentencia 676/2014 el Tribunal Supremo viene a señalar que promotor es "quien organiza la construcción e impulsa y encarga el proyecto, con independencia de que lo haga como profesional de la construcción o como particular."

No existe una argumentación irracional acerca de la consideración de autoría de los titulares de los terrenos donde se llevan a cabo las construcciones ilegales. Nótese que consta su mención en los hechos probados dimanante de la prueba. Nótese que no se trata de una mera construcción aislada o puntual, sino que hay una nutrida relación de construcciones citadas en los hechos probados. Nótese que el periodo temporal en el que se llevan a cabo las construcciones es extenso, dado que consta en los hechos probados que *Con posterioridad al día 11 de febrero de 2011 y con anterioridad al día 3 de octubre de 2014, en una finca situada en la parcela catastral NUM000 del término municipal de Villaviciosa de Odón (Madrid), de la que eran propietarios Bárbara, Eliseo, Emilio y Carla, se llevaron a cabo las siguientes intervenciones...*

Nos encontramos con que el tribunal ha efectuado un depurado proceso de análisis de la prueba concurrente y ha absuelto a quien considera que no tiene responsabilidad y condena a los que tienen en dominio del terreno



que no les es ajeno y en donde se construyen diversas construcciones durante un dilatado tiempo, sobre el que no se puede alegar ajenidad o "desconocimiento", sino el suficiente grado de participación que ha fijado el tribunal ante el que se ha practicado la prueba que cita y expone en su sentencia. No se condena por ser propietario, sino por el proceso de inferencia llevado a cabo por el tribunal sobre el tipo de construcción llevado a cabo y en diversas modalidades que constan en los hechos probados, además de por el tiempo en el que se han llevado a cabo las construcciones sobre las que no se puede alegar ignorancia. Existe un ponderado análisis de la prueba practicada y una conclusividad basada en las máximas de experiencia y en el proceso de inferencia lógico y coherente.

El motivo se desestima.

DÉCIMO NOVENO.- 18.- POR INTERÉS CASACIONAL DEL MOTIVO anterior.

El motivo presentado infringe el art. 874 LECRIM. No puede articularse el motivo como se presenta sin referencia alguna a precepto de la LECRIM en que se basa como de referencia, no pudiendo acudir a una mera referencia a que tiene interés casacional sin basarse en motivo y precepto concreto de la LECRIM.

En cualquier caso, nos remitimos a lo antes expuesto sobre la inexistencia de vulneración de la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

VIGÉSIMO.- 19.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 849 de la LECrim, por infracción de Ley, artículo 319.3 del Código Penal.

Alegan los recurrentes que cuando no haya concurrido en la actuación objeto de condena una afectación (modificativa) con categoría de daño real y efectivo sobre el terreno, no procede condena a reparar. En este caso de la actuación realizada, no se aprecian daños de esa entidad necesaria, que se debieran haber sido objeto de restablecimiento ni cuantificación como responsabilidad civil en la sentencia. Los daños "potenciales" no son sujeto de reparación (fundamento de derecho 7º de la sentencia). Por tanto, visto que no se ha causado un daño, real sino potencial, ni efectivo al medio, la carga y condena de demoler lo construido infringe el artículo 319.3 del Código Penal.

Solo hace falta la lectura de los hechos probados para cerciorarnos que nos encontramos con un evidente daño que exige la demolición de lo ilegalmente construido, y las consecuencias indemnizatorias del incumplimiento, más que nada para la ejecución de la demolición. 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.

Pues bien, señala el tribunal de instancia en el FD nº 7 que:

"Con arreglo a las previsiones de los artículos 319.3 , 109 y 110 del Código Penal , como medidas civiles y también proporcionadas, procede la demolición de las obras ejecutadas y la reposición del terreno a su estado original, que podrán hacer personalmente los titulares de la parcela, y, caso de no proceder ellos a la demolición, deberán indemnizar conjunta y solidariamente a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid en la cantidad de 24.066,62 euros, valor tasado como de coste de la citada reposición, que se hará por la Administración, devengando la indemnización los intereses de demora contemplados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Para determinar la indemnización se ha atendido a la valoración efectuada por la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid (folios 361 a 364), en el que se incluyen las siguientes partidas y costes: a) retirada de las viviendas móviles, prefabricadas, casetas metálicas de obra, materiales varios, chatarra diversa, residuos domésticos, residuos de construcción e instalaciones: 10.751,38



euros; b) demoliciones de construcciones de obra y cimentaciones: 12.213,27 euros; c) restitución de cubierta vegetal: 1101,97 euros.

Por regla general, la demolición deberá acordarse cuando, como ha ocurrido en este caso, conste patentemente que la construcción o la obra está completamente fuera de la ordenación y no sean legalizables o subsanables (vid. STS 443/2013, de 22 de mayo). La construcción en las condiciones y circunstancias en que se llevó a cabo no puede ser legalizada ni por el paso del tiempo ni por la incierta eventualidad de un futuro cambio normativo que, pese a los años transcurridos, no se ha producido.

La demolición es una consecuencia civil, una obligación de hacer, derivada del delito, que conecta con los artículos 109 y siguientes del Código Penal, relativos a la reparación del daño ocasionado por el delito, susceptible de realizarse personalmente por el culpable o culpables o a su costa. 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 (vid. SSTs 901/2012, de 22 de noviembre, 443/2013, de 22 de mayo, 816/2014, de 24 de noviembre, 586/2017, de 20 de julio, etc.)."

Hay que recordar que el art. 319.3 CP señala que: "En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe, y valorando las circunstancias, y oída la Administración competente, condicionarán temporalmente la demolición a la constitución de garantías que aseguren el pago de aquéllas".

Lo que se acuerda en la sentencia en el fallo es a la demolición de la obra ejecutada y la restauración del terreno a su estado original a su cargo o, caso de no hacerlo, a que indemnicen conjunta y solidariamente, en concepto de responsabilidad civil, a la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Comunidad de Madrid en la cantidad de 24.066,62 euros, para que proceda a la demolición y restauración, devengando la indemnización los intereses de demora contemplados en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No se considera a una indemnización, sino a una obligación de hacer en el proceso penal ex art. 319.3 CP como sustitutiva del incumplimiento de los condenados recurrentes a la orden de demolición.

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).

Importante es en el caso que nos ocupa la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 615/2020 de 18 Nov. 2020, Rec. 353/2019, que señala que:

" 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 exralimitaciones 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."*

La decisión de demolición de lo ilegalmente construido es proporcional a la dimensión de lo construido fijado y que consta en los hechos probados, además del importe acordado como sustitutivo de la negativa a llevar a efecto la demolición los condenados recurrentes.

El motivo se desestima

VIGÉSIMO PRIMERO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de los acusados Bárbara , Eliseo , Emilio y Carla , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Quinta, de fecha 22 de septiembre de 2021, a los que condenó por delito contra la ordenación del territorio. Condenamos a dichos recurrentes al pago de 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 Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina