

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCIÓN PRIMERA

S E N T E N C I A N° 277/2007

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:
INMACULADA JURADO HORTELANO

MAGISTRADOS:
ELOISA GUTIÉRREZ ORTIZ
PEDRO IZQUIERDO MARTÍN

Juzgado de lo Penal nº13 de Sevilla
APELACIÓN ROLLO NÚM. 4979/2006
ASUNTO PENAL NÚM. 394/2005.

En la ciudad de SEVILLA a diez de mayo de dos mil siete.

Visto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en autos de Procedimiento Abreviado seguidos en el Juzgado de Lo Penal referenciado, cuyo recurso fué interpuesto por la representación de MINISTERIO FISCAL. Es parte recurrida JOSEFA TEJERO MARRUFO y JUAN RIVAS DELGADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo Sr. Magistrado Juez de lo Penal del Juzgado de lo Penal nº13 de Sevilla, dictó sentencia el día 9 de marzo de 2006 en la causa de referencia, cuyo Fallo literalmente dice, *"Absuelvo a Josefa Tejero Marrufo y Juan Rivas Delgado de los delitos de que vienen acusados, con declaración de oficio de las costas causadas."*

En la referida sentencia se declaraban probados los siguientes hechos:

"Josefa Tejero Marrufo, mayor de edad y sin antecedentes penales, casada con Juan Rivas Delgado es propietaria de una parte de parcela nº 92 del Polígono de El Cuervo (Sevilla). La expresada parcela está calificada de suelo no urbanizable, en la terminología de la L.O.U.A. y no urbanizable común en la terminología de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de El Cuervo. No constan en la causa los datos concretos sobre la calificación de este suelo. En efecto, no se conoce la fecha de aprobación de las normas subsidiarias. ni las razones y motivación de la calificación de este suelo, es decir si obedecía a la protección de algún valor singular de los previstos en las leyes habilitadoras o constituyó una simple decisión discrecional de la administración.

En dicho terreno los acusados iniciaron la construcción de una edificación de 70 m/ 2 de planta consistente en casa de campo sin haber interesado la correspondiente licencia. El día 3 de enero de 2005 el Ayuntamiento de El Cuervo dictó decreto de suspensión de las obras, ordenando a Josefa Tejero Marrufo su inmediata paralización. La orden de suspensión fue notificada por correo certificado con acuse de recibo el día 8 de febrero siguiente. No consta quien recibió dicho notificación. No ha quedado suficientemente acreditado que con posterioridad a recibirla los acusados continuaran edificando la obra.

En la misma zona existen otras construcciones mas o menos similares, sin que conste la fecha en que se construyeron, ni cual ha sido la reacción del Ayuntamiento para con ellas. Los acusados, según se reveló en el acto del juicio, son personas modestas de escasa instrucción."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación, por la representación de MINISTERIO FISCAL, y admitido el recurso y conferidos los preceptivos traslados, se elevaron los autos a esta Audiencia. Formado el rollo, se señaló el día 11 de Septiembre de 2006 para la vista de la presente apelación, quedando visto para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han observado las formalidades legales.

Ha sido Ponente la Ilma Sra Magistrada D^a INMACULADA JURADO HORTELANO, quien expresa el parecer del Tribunal.

HECHOS PROBADOS

ACEPTAMOS los que declara probados la sentencia impugnada, tal como han sido transcritos, excepto donde se dice que “... No consta en la causa los datos concretos sobre la calificación de este suelo. En efecto, no se conoce la fecha de aprobación de las normas subsidiarias, ni las razones y motivación de la calificación de este suelo, es decir si obedecía a la protección de algún valor singular de los previstos en las leyes habilitadoras o constituyó una simple decisión discrecional de la administración...”; párrafo éste que se suprime en su totalidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ya se pronunció esta Sala en Sentencia de fecha 22-12-06, Rollo 7825/2006, “... en cuanto a los elementos del tipo penal común del delito contra la ordenación del territorio descrito en el apartado 2 del art. 319 del Código Penal. Este precepto sanciona a: 1º.- los promotores, constructores o técnicos directores, 2º.- que lleven a cabo una edificación, 3º.-sin licencia, 4º.-en suelo no urbanizable, y 5º.- que no sea autorizable....”

Estos elementos del tipo concurren en este caso y así en cuanto al primero de ellos los acusados son los promotores de la construcción y en este extremo y aún cuando en su día alguna sentencia consideró que únicamente los profesionales y no cualquier particular que llevase a cabo una construcción podían ser sujetos activos del delito que examinamos, la jurisprudencia ya reiterada del Tribunal Supremo (SS.^a de la Sala 2^a 690/2003, de 14 de mayo, y 1250/2001, de 26 de junio), ha puesto de manifiesto que, de conformidad con lo que dispone el art. 9 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que indica que “ Será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, privada o pública, que, individual o colectivamente, decide impulsa, programa y 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”, se ha de colegir que ni el tipo penal ni la norma administrativa exijan condición profesional alguna, y que dicho sujeto activo de dicho delito puede ser cualquier particular, aún cuando profesionalmente no se dedique a la actividad promotora o constructora, lo que lleva a tener desfavorable acogida el argumento que se hace en el escrito de interposición del recurso cuando se arguye que “...la pequeña construcción la llevó a cabo personalmente el esposo Sr. Rivas que ni es promotor ni constructor ni profesional o técnico de la construcción, con la ayuda

en ocasiones de su hijo, y sin embargo por el Ministerio Público se llegó incluso a pedir la condena para la esposa....”. Respecto a ésta, la acusada Josefa Tejero Marrufo obviamente la misma reúne esa condición, pues según consta en el Expediente Urbanístico Sancionador nº 045/04 incoado por el Ayuntamiento del El Cuervo, figura y aparece como dueña del terreno o parcela y además ella así lo admite expresamente cuando en su declaración en el Juzgado señala que “ la construcción objeto del presente procedimiento se levantó en un terreno propiedad de la declarante, el cual lo había adquirido de su madre.....”, folio 30, y ha participado económicamente en la construcción (pues la financiación debe proceder de la sociedad de gananciales que presuntamente rige su matrimonio), por lo que aún cuando materialmente y físicamente no haya llevado a cabo acto de construcción o edificación alguna, ayudando a su esposo e hijo que según hemos destacado expresamente admiten haber efectuado personalmente la construcción, ello no es obstáculo alguno para excluir su autoría, que debemos por ello examinarla en el mismo plano de igualdad que la acción llevada a cabo por su marido el también acusado Juan Rivas.

En cuanto al requisito segundo, consistente en que se lleve a cabo una edificación, queda totalmente acreditado desde el momento en que expresamente se admite por los inculcados haberse ejecutado la misma, por lo que carece de mayor necesidad de razonamientos el examen de la concurrencia de éste segundo elemento del ilícito penal que examinamos, al igual que acontece respecto al tercero de los elementos del tipo, cual es la carencia de licencia que también los acusados desde un principio admiten y así también lo vienen a aceptar en el escrito de impugnación del recurso cuando indican que “...mis mandantes nunca supieron que no se podían construir en su campo, ni que le haría falta licencia o incluso que no se les podría conceder licencia, y ello lo dicen y han estado manifestándolo en todo momento, no solo en la vista oral, sino desde su primera declaración ante las autoridades y Juzgado...”.

SEGUNDO.- De la lectura de la sentencia recurrida y del contenido del escrito de interposición del recurso formulado por el Ministerio Público se pone de manifiesto que el debate se concreta, en esencia, en la naturaleza del suelo, sobre el que, sin licencia, se ha levantado una edificación por el matrimonio apelado.

En cuanto a la naturaleza del suelo, la propia Juzgadora de Instancia estima acreditado, y así consta en el factum de la sentencia que revisamos, que la parcela está calificada de suelo no urbanizable, extremo éste que además quedó probado por la pericial dada en juicio del Arquitecto Sr. Vitoria López, quien ratificó su informe (folios 56 y 57), donde clara y expresamente señala que “ se trata de suelo no urbanizable, en la terminología de la LOUA y no urbanizable común sector B en la terminología de las Normas Subsidiarias de Planeamiento de El Cuervo...”, y nuevamente en el acto del plenario volvió a manifestar

dicho técnico, así consta en el acta del juicio oral, que la construcción está en suelo no urbanizable y en parcelación ilegal.

Resultando que de las Normas Subsidiarias Municipales de Planeamiento, que constituyen el instrumento normativo urbanístico en vigor en el municipio de El Cuervo, el suelo sobre el que edificó sin licencia una casa de campo de aproximadamente unos 72 m² estaba calificado como no urbanizable, no podemos compartir el criterio que se establece en la sentencia que revisamos para llegar al dictado de un pronunciamiento absolutorio basado en que se desconoce todo lo concerniente a la calificación de este suelo no urbanizable, refiriéndose y haciéndose hincapié en dicha sentencia en que se desconoce la fecha en que se hizo la calificación, ni sus motivaciones, y se desconoce si la calificación protege algún valor singular de los legalmente previstos, si constituyó una declaración puramente discrecional o se hizo o no de acuerdo con criterios objetivos de carácter urbanísticos expresamente motivados.

Respecto a estas cuestiones dados aquí por reproducido lo que se dijo por esta misma Sala en la sentencia a que antes nos hemos referido Rollo 7825/06, cuando señalábamos que “... *Parece sostenerse, por tanto, que salvo los suelos de especial protección todo lo demás es edificable y que un instrumento de planeamiento que no lo defina así contradice la ley. En el escrito de defensa se citan en apoyo de esta tesis los arts. 9 y 10 y se dice abiertamente que las normas subsidiarias vulneran el principio de legalidad, al no respetar y cumplir las previsiones de la norma de rango superior.*

Pero esta peculiar interpretación de la legislación urbanística –que seguramente entusiasmará a los promotores inmobiliarios–, según la cual sólo es suelo no urbanizable el de especial protección, de modo que sería incluso ilegal calificar así todo lo que no tenga esa especial protección, carece de cualquier apoyo legal.

La disposición derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, derogó los arts. 9 al 14 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, texto refundido aprobado por Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, y entre ellos el art. 12, según el cual constituirían el suelo no urbanizable "los terrenos que el planeamiento general no incluya en ninguna de las clases de suelo anteriores [urbanos o urbanizables] y, en particular, los espacios que dicho planeamiento determine para otorgarles una especial protección, en razón de su excepcional valor agrícola, forestal o ganadero, de las posibilidades de explotación de sus recursos naturales, de sus valores paisajísticos, históricos o culturales, o para la defensa de la fauna, la flora o el equilibrio ecológico.

Pero esta derogación del texto anterior, que indudablemente tenía el sentido de favorecer la urbanización de los terrenos (como se dice abiertamente en la exposición de motivos), y que también es cierto que cambia el sentido de la norma anterior al considerar como

categoría residual (art. 10) el suelo urbanizable, no limita la posible calificación de suelo no urbanizable al de especial protección, como pretende la defensa.

Tanto en el escrito de defensa como en el recurso se recoge sólo la circunstancia 1ª del art. 9 de la Ley 6/1998, y aún así se hace de una manera mutilada, con la única referencia a los valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales. Sin embargo la ley, en su versión inicial, señalaba en este primer párrafo del artículo citado que tendrían la condición de suelo no urbanizable los terrenos que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público. Pero también añadía una segunda circunstancia de calificación, de modo que también podrían ser declarados no urbanizables los terrenos "[q]ue el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano." Y la ley 10/2003, de 20 de mayo, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y de transportes, ha añadido en este punto 2ª la referencia a "aquellos otros que considere inadecuados para el desarrollo urbano, bien por imperativo del principio de utilización racional de los recursos naturales, bien de acuerdo con criterios objetivos de carácter territorial o urbanístico establecidos por la normativa urbanística".

No es por tanto en absoluto ilegal que el Ayuntamiento, en un instrumento de planeamiento urbanístico como son las Normas Subsidiarias de Planeamiento, haya decidido calificar como no urbanizables unos terrenos que, por tener un destino agrícola, según confirman todos los datos disponibles, no consideraba adecuados para el desarrollo urbano.....”

En el concreto hecho que enjuiciamos es lo cierto que, como se dice en el escrito del recurso planteado por el Ministerio Fiscal, se ha de aplicar el Derecho Vigente –la lege data- y por ello si existe plena constancia de que el suelo sobre el que se edificó estaba calificado como suelo urbanizable común, - calificación urbanística sobre la que existe unanimidad-, estaremos en el ámbito objetivo del artículo 319.2º del C. Penal con independencia de los motivos que hayan llevado a tal calificación del terreno, que es el extremo en el que pone énfasis la Sra. Juez a quo, señalando que no se sabe la fecha en que se hizo la calificación del suelo ni sus motivaciones, respecto a si protege algún valor singular, o constituyó una declaración puramente discrecional o se hizo de acuerdo con criterios de carácter urbanísticos expresamente motivados para llegar, con fundamento en todas esas incógnitas que plantea, a la absolución de los acusados, que no podemos

compartir en cuanto teniendo el Ayuntamiento de El Cuervo (Sevilla) competencia en materia Urbanística y estando vigentes al tiempo de llevarse a cabo por los acusados una edificación sin licencia, es lo cierto e indubitado que dicha construcción se hizo sobre una parcela o terrenos que en las normas urbanísticas de dicha localidad, Normas Subsidiarias de Planeamiento de El Cuervo, existentes el día de los hechos y, por ende plenamente aplicables, tales terrenos tenían la calificación de no urbanizable, y por tal declaración ha de estarse y pasarse mientras mantenga su plena vigencia, y no sean declarada por el Organismo competente contraria a derecho o que se lleve a cabo por la administración competente en materia urbanística una modificación del planeamiento que varíe la calificación del suelo o, finalmente, que ésta quedase modificada por decisión del legislador.

TERCERO.- Al hilo de la sentencia arriba señalada hemos de poner de manifiesto que en el caso concreto que examinamos, y por lo que atañe al último requisito objetivo del citado art. 319.2 del Código Punitivo, también está presente en cuanto que no es legalizable la edificación levantada de unos 72 metros cuadrados consistente “...en dos habitaciones y un salón, cree que también cocina y cuarto de baño, no recuerda bien la cocina y el cuarto de baño, cree que era una vivienda lo que se trataba de construir... (testigo Guardia Civil número U-56211-N), y “... que hizo una inspección ocular, observan en la misma una vivienda de unos 70 metros cuadrados...donde se ve un salón, una cocina y un aseo, les dijeron al acusado que era ilegal...” (testigo agente de la G.Civil número R 58165-Y).

Estimándose pues demostrado que algo más que una construcción para guardar las cosas del campo, - que aquello no es una casa sino para meter las herramientas, como sostuvieron ambos inculpados en el acto del juicio oral-, es lo que edificaron los mismos en suelo no urbanizable, hemos de referirnos ahora a que dicha la edificación, contraria a la ley urbanística al tiempo de realizarse, tampoco era susceptible de ser autorizada, que es otro de los requisitos que al inicio apuntábamos como integrantes de éste ilícito penal, pues además de que se haya levantado sin licencia y que se haya hecho en suelo no urbanizable, es necesario que no hubiera sido posible su autorización.

Retomando nuevamente la sentencia número 711/2006 de 22 de diciembre”...*Esto conduce a penalizar únicamente la ilegalidad urbanística de fondo, reservando para el ámbito de las infracciones administrativas la ilegalidad meramente formal de la falta de licencia.*

Por otra parte, el análisis de la legalidad urbanística pone de manifiesto que no toda edificación que se levante en terrenos no urbanizables es de por sí punible. El art. 20 de la Ley 6/1998, ya citada, reconoce el derecho de los propietarios de suelo clasificado como no urbanizable a "usar, disfrutar y disponer de su propiedad de conformidad con la naturaleza de los terrenos", que han de destinarse a un uso agrícola, forestal, ganadero,

cinagético u otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Pero el mismo precepto señala que ello ha de hacerse "dentro de los límites que, en su caso, establezcan las leyes o el planeamiento".

Existe, pues, la posibilidad de llevar a cabo una edificación acorde con la naturaleza y destino del suelo, siempre que se respeten los límites legales o derivados del planteamiento, lo cual remite a la legalidad urbanística, que en este caso sería básicamente la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y al propio planeamiento.

El régimen legal del suelo no urbanizable en Andalucía está ampliamente regulado en el art. 52 de esta Ley, en el que se detallan los actos que pueden llevarse a cabo en él, y en el apartado A del art. 1 admite que puedan realizarse las obras o instalaciones precisas para el desarrollo de las actividades desarrolladas en el art. 50.B.a) que no estén expresamente prohibidas por la legislación o por el planeamiento urbanístico. Este precepto del art. 50.b,a), al que se remite el anterior, permite, a su vez la realización de los actos precisos para la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinagética o análoga a la que estén efectivamente destinados, conforme a su naturaleza y mediante el empleo de medios técnicos e instalaciones adecuados y ordinarios, que no supongan ni tengan como consecuencia la transformación de dicho destino, ni de las características de la explotación.

También permite el mismo art. 52, ahora en su apartado B, las edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, estando expresamente permitidas por el Plan General de Ordenación Urbanística o Plan Especial de desarrollo, sean consecuencias, entre otras, del normal funcionamiento y desarrollo de las explotaciones agrícolas (letra a), la necesidad justificada de vivienda unifamiliar aislada, cuando esté vinculada a un destino relacionado con fines agrícolas, forestales o ganaderos (letra b) o aquellos que respondan a las características propias de los ámbitos del Hábitat Rural Diseminado (letra d). Esta última mención del hábitat rural diseminado remite, a su vez, al mismo art. 50.B, pero ahora a la letra b) de este precepto, en el cual se contempla la posibilidad de llevar a cabo en este tipo de hábitats "obras, construcciones, edificaciones o instalaciones y el desarrollo de usos y actividades que, no previstas en la letra anterior, se legitimen expresamente por los Planes de Ordenación del Territorio, por el propio Plan General de Ordenación Urbanística o por Planes Especiales, así como, en su caso, por los instrumentos previstos en la legislación ambiental".

En definitiva, la legislación urbanística, tanto la general como la andaluza, permiten llevar a cabo en el suelo no urbanizable determinadas edificaciones: en general aquellas acordes con el uso natural, no urbano, de los terrenos. Pero tanto una como otra se remiten a las eventuales limitaciones o prohibiciones que se puedan establecer en la legislación sectorial o en el planeamiento urbanístico.

Respecto de estas últimas, la Ley andaluza 7/2002, a la que nos estamos refiriendo, introduce una cautela específica en el apartado 6 del citado art. 52, de modo que el instrumento de planeamiento ha de asegurar en todo caso la preservación de la naturaleza de esta clase de suelo y la no inducción a la formación de nuevos asentamientos, ni siquiera en la categoría del Hábitat Rural Diseminado; y ha de "adoptar las medidas que sean precisas para corregir su incidencia urbanística, territorial y ambiental, y garantizar el mantenimiento de la calidad y funcionalidad de las infraestructuras y los servicios públicos correspondientes". En el mismo apartado, en el párrafo 2º, se considera, como presunción legal, que inducen a la formación de nuevos asentamientos –y, por lo tanto, no podrán autorizarse en el instrumento de planeamiento aplicable– los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo....”

Según consta en el informe del Sr. Arquitecto Sr. Miguel Vitoria, ratificado en juicio en el que declaró en contradictorio interrogatorio de las partes, existe un reparto de suelo en lotes de superficie sobre la finca en cuestión, que pudiera dar lugar a una reparcelación ilegal, y que sobre la totalidad de la finca se podría construir el 0.5 % de su superficie con destino a nave para guardería de aperos de labranza y que este derecho es asignado a la finca en su totalidad y que la finca por su naturaleza de secano no puede tener una superficie inferior a 25.000 m², lo que la hace de hecho indivisible, concluyendo que respecto a la construcción de viviendas, al no haber declaración de interés público, ni un Plan Especial ni un proyecto de Actuación urbanística en suelo no urbanizable, ser un acto contrario al planeamiento general, y no ser para uso agrícola, forestal o similar sino residencial, no son legalizables.

Resulta pues, que los inculpados en la parcela propiedad de la Sra. Tejero Marrufo, sita en el lugar conocido como Rabanillo Gamo, parcela nº 92 del Polígono 6 del termino municipal de El Cuervo, con una superficie de unos 2.860 metros cuadrados, según acta de inspección ocular que obra al folio 10, llevaron a cabo la edificación de una vivienda de unos 70 metros cuadrados, resultando palmario por todo ello y con base en las normas urbanísticas vigentes de la citada población que dicha edificación no era autorizable

CUARTO.- Respecto a la ausencia de dolo y supuesta existencia o no de error en la conducta de los inculpados, haciéndose referencia en la sentencia que examinamos que estaríamos antes un error sobre el hecho constitutivo de la infracción penal, que en cualquier caso eliminaría la punición, ya fuese vencible o invencible, por disposición del artículo 14 del C. Penal, indicándose también por la Juzgadora que no es desdeñable el

hecho de que sobre los terrenos existieran ya otras viviendas más o menos similares, hemos de señalar respecto a extremos que es un hecho notorio y de común conocimiento para cualquier ciudadano medio sin de necesidad de estar revestido de especiales conocimientos que toda construcción, - máxime cuando de lo que se trató en este caso fue el total levantamiento y construcción nueva de una vivienda, no se llevó a cabo una obra menor -, precisa de la correspondiente licencia urbanística, siendo así los imputados son personas que no viven aisladas en un medio rural, sino que residen en una población que cuenta con un importante número de habitantes (Lebrija) y que la propietaria de los terrenos la apelada Josefa Tejero es una persona con unos estudios medios al ser su profesión, según consta en las diligencias, la de auxiliar de clínica y, de otro lado, se debe tener en consideración que era ella, como expresamente dice en su declaración, folio 30, la propietaria de los terrenos, que los había adquirido de su madre, por lo que debía saber la consideración o calificación de los mismos, como así parece deducirse de sus manifestaciones cuando señala que la construcción estaba destinada a guardar herramientas para labrar el campo, con lo que parece que dar a entender que el suelo sobre el que se edificó tenía una finalidad agraria, ajena pues a un terreno que pudiera calificarse de urbano o urbanizable y por ende susceptible de construir en él como hicieron, una vivienda de unos 72 m² compuesta de salón, dos habitaciones aseo y cocina. La misma señora admite que la construcción no tiene ni luz ni agua, hecho éste que sobradamente podía revelarles que los terrenos sobre los que hacían la edificación no eran urbanizables, sino unos terrenos rústicos, que no contaban con la pertinente y adecuada infratructura de los suministros básicos y necesarios anexos a toda vivienda familiar como el agua y la luz.

En cuanto al argumento que se indica en la sentencia, ya apuntado de que en las inmediaciones había otras viviendas, más o menos similares, los que “ sin duda, les pudo sugerir una intuición sobre sus derechos que, disquisiciones jurídicas aparte, tendría mucho que ver con el principio de igualdad ”, se ha de señalar que al margen de que lo que pudieran hacer otros ciudadanos no tiene por qué condicionar la actuación propia, ni esas otras construcciones supuestamente ilegales, justificaría ni ampararía la levantada por los inculpados, es lo cierto que en el concreto caso que examinamos, (con independencia de creer la afirmación efectuada por los acusados respecto a la ciertamente llamativa celeridad con que dicen edificaron la casa de 72 m², entre el puente de la Inmaculada y el puente de la Constitución, y ello y a mayor abundamiento ejecutada sólo por el acusado Juan Rivas con ayuda de sus dos hijos de 20 y 15 años), en el juicio dijo la acusada que se hizo entre noviembre y diciembre, así como que cuando el Seprona hizo la inspección ya estaba todo hecho para, a continuación sostener, no había finalizado y que cuando les dijeron que no podían construir pararon las obras, que en fotografías se observa quedaba aún por concluir algo de dicha edificación.

No basta simple y llanamente afirmar y alegar que no se supiera que había que pedir licencia y que no se podía construir para escudarse en esa aseveración no acreditada y obtener consecuentemente un pronunciamiento absolutorio con base en un pretendido error, ex artículo 14 del C. Penal no demostrado por la prueba practicada que no estimamos haya corroborado la existencia de error o la falta de dolo, cuando a mayor abundamiento y como antes hemos expuesto el testigo que hizo una inspección ocular, agente de la G. Civil número R 58165-Y les dijeron al acusado que era ilegal.

Consta en autos que ya en fecha 27-12-04 por el Ayuntamiento de El Cuervo se realizó acta de inspección, folio 15, en la que se describe la construcción realizada y se observa una fotografía de la vivienda, siendo así pues que mucho antes de la visita del Seprona, ya el Ayuntamiento había incoado un expediente en relación con ésta construcción, siendo así que escasos días después, el 03-01-05, dicta resolución de suspensión de obras, folios 17 y 18.

Por último y trayendo nuevamente a colación lo que se decía en la sentencia número 711/2006 de 22 de diciembre “ *Cosa distinta es lo que podríamos llamar un error sobre la impunidad, esto es la creencia de que, pese a llevar a cabo una construcción ilegal en suelo no urbanizable, aquello se acabaría legalizando por la fuerza de los hechos consumados. Pero tal confianza en la impunidad no puede identificarse con ausencia de dolo ni con error jurídico excluyente de la responsabilidad penal y encuadrable en lo dispuesto en el art. 14.3 del Código Penal.*”

En conclusión por todo lo expuesto, estimamos que en las actuaciones de los acusados concurren cuantos elementos conforman el ilícito penal que tipifica el artículo 319 del C. Punitivo y que por ello al quedar demostrada la autoría de los mismos, debemos revocar la sentencia y hacer un pronunciamiento de culpabilidad de los mismos

QUINTO.- Por lo que se refiere al delito de desobediencia, por el que también se pide la condena de los apelados, a través de este recurso que examinamos, la STS Sala 2ª de 5 junio 2003, entre otras muchas, establece en cuanto a los elementos objetivos y subjetivos que conforman dicho tipo penal que “....Así las cosas, cabe significar que el delito de desobediencia requiere:

a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la Autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias;

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;

c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.

Partiendo de tales elementos, hemos de convenir en este particular con la Juzgadora de la Instancia en la absolución de los Srs. Tejero Marrufo y Rivas Delgado, en cuanto que entendemos no resulta demostrado que los mismos, o al menos uno de ellos, hubiese llevado a cabo una conducta de abierta y franca desobediencia o renuencia a cumplir un mandato y ello por cuanto, de un lado, no consta siquiera quien en concreto recogió la notificación del Decreto-Resolución de Supresión de Obra, (folios 51 y 52) que por correo con acuse de recibo se remitió y ello por cuanto examinadas las actuaciones y en particular el testimonio compulsado por la Sra. Secretaria del Ayuntamiento, sólo consta al reverso del folio 52, “ notificada por correos certificado con acuse de recibo, N° de Certificado (aparecen unos números no legible) y Fecha 8/02/05”, sin que figure firma alguna en dicho folio, ni tampoco conste fotocopia del efectivo acuse de recibo una vez devuelto por Correos, cuando el envío ya ha sido recogido.

A lo antes dicho debemos unir el dato de que no se estima demostrado que tras tener noticias los acusados de la orden de paralización, hubiesen continuado con la construcción haciendo caso omiso al Decreto-Resolución que así lo acordaba, por ello y sin más no podemos llegar a la conclusión de la acusación pública que por mor de este recurso pide la condena por desobediencia, ni siquiera, inclinándonos por una desobediencia leve, como se apunta en el escrito del recurso, dado que dicha acusación no ha demostrado que obviarán la orden, como se afirma por el M. Fiscal ante la inconcreción de cómo estaba la construcción al tiempo de decretarse la suspensión de las obras y si dicha edificación había avanzado cuando se giró visita por el Seprona, todo lo cual nos lleva a estimar la ausencia de pruebas incriminatoria de la comisión de este delito que no puede sino conducir al dictado de un pronunciamiento condenatorio.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal interesa la demolición de la obra, solicitud a la que estimamos procedente acceder con fundamento en los dispuesto en los artículos 109 y siguientes y 319.3º todos ellos del C. Penal y ello a fin de dar protección y como acto de restauración de la legalidad urbanística, de reponer o restablecer a su primitivo estado el terreno en el que se levantó ilegalmente por los apelados una construcción que ni estaba autorizaba ni era autorizable y ello aún cuando el terreno en que se edificó no esté revestido de especial protección, pues de la lectura de dicho apartado tercero hemos de colegir, sin

que se nos genere duda alguna en dicho particular, que el acuerdo de demolición, es susceptible de ser adoptado tanto en los casos en que las construcciones se lleven a cabo sin autorización 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 (párrafo 1º del art. 319), como en el supuesto similar al de este enjuiciamiento, que se trate de edificaciones no autorizables en suelo no urbanizable (párrafo 2º del art. 319).

Por ello, y en el supuesto que revisamos, como ya más arriba se indicó se dice en el propio informe del Sr. Arquitecto Municipal -Delegación de Urbanismo- de El Cuervo, que *las construcciones de viviendas, al no haber declaración de interés público, ni un Plan Especial ni un proyecto de actuación urbanística en suelo no urbanizable, ser un acto contrario al planeamiento general, y no ser para uso agrícola, forestal o similar, sino residencial, no son legalizables* (folio 57); en definitiva, tratándose la construcción ejecutada por el matrimonio inculpado de una edificación que no es susceptible de que por la Administración competente pueda ser objeto de legalización o autorización, sólo nos cabe a fin de restaurar la realidad física de la finca, afectada por la ilegal edificación de una casa de unos 72 m² decretar la demolición de la misma a costa de los acusados, habida cuenta que, por demás, dicho derribo es la única forma en que puede ser restablecida la legalidad urbanística transgredida, cuando se edificó en suelo no urbanizable ilegalmente por parte de Josefa Tejero y Juan Rivas, compartiéndose con ello los argumentos expuestos por la Audiencia Provincial de Alicante en Sentencia de 27 de diciembre de 1999, al indicar “.....El objetivo del legislador de preservar la ordenación del territorio quedaría frustrado, con el rigor que quiere hacerlo, dejando a las Leyes Administrativas la restauración del derecho perturbado, cuando es precisamente la extracción de ese orden y la incorporación al orden penal, lo que hace que el rigor de la reacción sea mayor ante el concreto ataque que el tipo en cuestión (art. 319) prevé. Es precisamente esta razón, que determinaría que se proceda a la demolición de la obra.....”

SEPTIMO.- En cuanto a las costas debemos condenar al pago de la mitad de ellas causadas en primera instancia, conforme al artículo 123 del C. Penal, al condenarse por el delito contra la ordenación del territorio y declarar de la otra mitad de las costas de instancia de oficio por cuanto mantenemos la absolución de los acusados por el delito de desobediencia y, de otro lado y en las referentes a las costas de este recurso, al no apreciarse temeridad ni mala fe, hemos de declararlas de oficio, conforme al párrafo 1º del art. 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

VISTOS los preceptos citados y los de aplicación general, especialmente lo dispuesto en los arts. 790 a 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación del MINISTERIO FISCAL contra la sentencia dictada el 9 de Marzo de 2006 por el Juzgado de lo Penal núm. 13 de Sevilla, en causa penal nº 394/05 y condenamos a JOSEFA TEJERO MARRUFO y a JUAN RIVAS DELGADO, como autores penalmente responsables de un delito contra la ordenación del territorio a la pena, a cada uno de ellos, de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena, MULTA DE DOCE MESES CON CUOTA DIARIA DE 3 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para profesión y oficio de actividades relacionadas con la promoción, construcción y dirección técnica por tiempo de 6 meses, así como al pago de la mitad de las costas de la instancia, y a que se lleve a cabo a costa de los acusados Josefa Tejero Marrufo y Juan Rivas Delgado la demolición de la construcción levantada por los mismos sobre la parcela nº 92 emplazada en el Pago Rabanillo-Gamo, Polígono 6 del Plano Parcelario Catastral Rústico de El Cuervo (Sevilla), manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia y declarando de oficio las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y devuélvanse los autos al Juzgado con testimonio de ella para su ejecución.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo Sr Magistrado Ponente que la redactó. Doy fe.

